

Les Offices Publics d'Habitations

Modes de Passation de leurs marchés de travaux

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 12 Mars 1938, à 14 heures

PAR

Henri MENUT

Diplômé de l'École des Hautes Etudes Commerciales

JURY { *Président* : M. MESTRE, *professeur*
 { *Suffragants* { MM. ROLLAND }
 SIBERT } *professeurs*

IMPRIMERIE ARTISTIQUE MODERNE

A. LAPIED

24, RUE MONSIEUR LE PRINCE, 24

PARIS VI.

1 9 3 8

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Les Offices Publics d'Habitations

Modes de Passation de leurs marchés de travaux

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 12 Mars 1938, à 14 heures

PAR

Henri MENUT

Diplômé de l'École des Hautes Etudes Commerciales

JURY { *Président : M. MESTRE, professeur*
Suffragants { MM. ROLLAND }
SIBERT } *professeurs*

IMPRIMERIE ARTISTIQUE MODERNE

A. LAPIED

24, RUE MONSIEUR LE PRINCE, 24

PARIS VI.

1 9 3 8



INTRODUCTION

Toutes les grandes nations d'Europe se préoccupèrent dès la fin du XIX^e siècle de remédier par des moyens divers à la crise du logement populaire. En règle générale, tout en encourageant l'initiative privée, principalement par des prêts à taux réduit et des exonérations fiscales, le législateur étranger accordait aux communes l'autorisation de construire et de gérer directement les habitations destinées aux classes laborieuses. Il en était ainsi en Belgique, en Suède, en Hollande, en Norvège, et, à quelques exceptions près, en Autriche et en Suisse. En Angleterre, la loi obligeait, dans certains cas, les communes à construire. En Allemagne, l'Etat appuyait l'action des municipalités.

En Italie, une œuvre considérable fut réalisée grâce à la création d'instituts autonomes, moyen terme entre la municipalisation et l'initiative privée. Ces organismes furent chargés dans la plupart des villes d'Italie de la construction et de la gestion d'habitations populaires.

En France, les deux premières lois concernant les habitations à bon marché furent celles du 30 novembre 1894 et 12 avril 1906 qui permirent la création de Sociétés d'habitations à bon marché. Certains avantages, prêts, exonérations fiscales, leur étaient accordés ainsi qu'aux particuliers qui construisaient des maisons à petits logements. Mais la tâche à accomplir en France en matière d'habitation populaire avait pris dès 1912 une telle ampleur que leur action en ce domaine devenait insuffisante.

L'intervention des collectivités publiques pourvues de larges moyens financiers, Etat, départements ou communes, apparaissait comme seule capable de donner des résultats correspondant à l'étendue des besoins. Mais l'opinion publique et le législateur n'envisageaient pas sans inquiétude cette intervention sous une forme directe. C'est pourquoi, la loi du 23 décembre 1912, qui modifiait et complétait celle du 12 avril 1906, s'inspirant de l'organisation des instituts autonomes italiens, confiait la direction de la lutte contre le taudis à des établissements publics « autonomes et indépendants, perpétuels et désintéressés, spécialisés dans la construction et la gestion d'habitations salubres » : les Offices Publics d'habitations à bon marché.

Ces organismes devaient « permettre aux communes et aux départements de participer d'une manière active et durable au développement de l'habitation populaire, tout en maintenant l'œuvre à l'écart des fluctuations d'administration locale » (1).

En application de la loi de 1912, de nombreux offices départementaux et municipaux ont été créés, dont les réalisations à ce jour sont importantes. Mais certains abusèrent de l'autonomie et de l'indépendance qui leur avaient été largement accordées. Aussi, le législateur et la jurisprudence ont-ils actuellement tendance à restreindre ces prérogatives.

C'est ainsi qu'il fut admis pendant longtemps que les Offices étaient libres de passer leurs marchés de travaux selon le mode qui leur convenait. Mais un arrêt du Con-

(1) Notice « Sur le fonctionnement de la législation relative aux habitations à bon marché » publiée en 1919 par le Ministère du Travail.

seil d'Etat du 10 janvier 1930, puis un décret du 30 octobre 1935 ont supprimé presque entièrement cette liberté.

L'évolution de l'autonomie des Offices sur ce point particulier nous paraît intéressante à étudier ainsi que les règles imposées actuellement à ces organismes pour la passation de leurs marchés de travaux.

En conséquence, nous examinerons successivement la situation avant la promulgation du décret du 30 octobre 1935, puis les modifications essentielles apportées par ce nouveau texte ; enfin, nous étudierons l'application des dispositions du décret.

Mais il semble utile, au préalable, de rappeler la législation concernant les habitations à bon marché et de donner quelques indications générales sur la fondation et l'administration d'un Office.

TITRE PRELIMINAIRE

CHAPITRE PREMIER

La Législation des Habitations à Bon Marché

La législation concernant les habitations à bon marché est particulièrement abondante. Un grand nombre de lois et de dispositions réglementaires ont été successivement promulguées dans ce domaine.

En effet, le problème du logement populaire est très complexe et a souvent retenu depuis une trentaine d'années l'attention du législateur et des collectivités publiques.

Dès leur mise en application, les premières lois se sont révélées insuffisantes et il a paru nécessaire de les compléter. D'autre part, le champ d'action de cette législation a dû constamment être étendu. C'est pourquoi, étant donné l'abondance de textes, nous donnerons simplement dans l'ordre chronologique les caractéristiques des principales lois ou dispositions réglementaires.

La première loi concernant les habitations à bon marché fut promulguée le 30 novembre 1894. Elle a été abrogée et remplacée par la loi du 12 avril 1906.

La loi du 20 juillet 1895 a autorisé, par son article 10, les Caisses d'épargne à apporter leur concours financier à l'œuvre des habitations à bon marché.

La loi fondamentale sur les habitations à bon marché est celle du 12 avril 1906, complétée par le décret du 10 janvier 1907. Elle a permis le développement des Sociétés d'habitations à bon marché, l'organisation administrative des services officiels et réorganisé les Comités de patronage qui ont pour mission d'encourager toutes les manifestations de la prévoyance sociale, principalement l'œuvre des habitations à bon marché.

Elle a déterminé les conditions que devront remplir les maisons pour bénéficier des avantages accordés par la législation sur les habitations à bon marché et imposé des maxima de valeur locative.

Elle a prévu, en outre, que les bureaux de bienfaisance ou d'assistance, les hospices ou hôpitaux, les Caisses d'épargne, les communes, les départements, la Caisse des Dépôts et Consignations seront libres d'apporter leur concours financier dans certaines conditions, et que la Caisse nationale d'assurances en cas de décès peut garantir le remboursement des sommes restant dues par les emprunteurs des organismes d'habitations à bon marché.

Elle a institué, pour la transmission par succession des maisons à bon marché, des règles qui dérogent aux dispositions générales du Code civil et, notamment, à celles édictées par l'article 815, à savoir que « nul n'est tenu de rester dans l'indivision ».

La loi du 12 avril 1906 a traité également des exemptions fiscales dont bénéficient les maisons à bon marché et les organismes d'habitations à bon marché tant à leur fondation que pour toutes leurs diverses opérations.

Elle prévoit enfin la constitution d'un Conseil supérieur des habitations à bon marché auquel doivent être soumis, d'une manière générale, tous les règlements et toutes les questions concernant les habitations à bon marché.

La loi du 10 avril 1908, complétée par le décret du 24 août 1908, et popularisée sous le nom de « loi Ribot », tend à permettre aux travailleurs d'accéder à la petite propriété (maison, jardin ou champ), et, pour arriver à ce résultat, elle a créé un nouvel organisme : « la Société de Crédit immobilier », qui a pour rôle soit de consentir des prêts hypothécaires à des particuliers, soit des avances à des Sociétés d'habitations à bon marché pour leurs opérations comportant accession à la petite propriété.

La loi du 23 décembre 1912 avait plusieurs buts, dont le plus important était de créer des organismes nouveaux : « les Offices publics d'habitations à bon marché ».

L'article 32 de cette loi contient une disposition intéressante, aux termes de laquelle les communes peuvent consentir des subventions aux Sociétés et Offices d'habitations à bon marché en vue de réduire le prix des loyers pour les familles nombreuses. Les subventions de cette nature peuvent faire l'objet de contrats portant sur une durée de dix-huit ans au plus ; elles ne peuvent excéder 1 % du prix de revient de l'immeuble. Leur

produit ne doit pas être affecté à des usages autres que la réduction des loyers.

L'article 13 de la loi du 14 juillet 1913 sur les familles nombreuses prévoit que l'Etat prendra à sa charge la moitié de cette subvention qui pourra être portée à 2 % et faire l'objet de contrats portant sur une durée de trente ans.

Aux termes de la loi du 31 mars 1919, complétée par le décret du 25 juin 1919, l'Etat peut consentir des subventions gratuites aux communes ou organismes d'habitations à bon marché qui construisent des maisons réservées aux familles nombreuses. Les logements doivent avoir au moins deux pièces habitables et être affectés à des familles nombreuses jusqu'à concurrence des deux tiers des valeurs locatives. La subvention peut s'élever jusqu'à 33 % du prix de revient. Les organismes ne doivent pas faire descendre le prix des loyers au-dessous de la moitié des chiffres déterminés par les maxima.

La loi du 24 octobre 1919 a eu pour objet d'accorder des facilités nouvelles à l'œuvre des habitations à bon marché en relevant les chiffres des maxima des prix de revient ou des valeurs locatives et en prévoyant, pour les prêts aux Offices et aux Sociétés d'habitations à bon marché, le taux d'intérêt de 2 % pour les opérations comportant accession à la petite propriété et celui de 2,50 % pour les opérations de location simple.

La loi du 26 février 1921, complétée par le décret du 21 mars 1921, apporte plusieurs dispositions nouvelles qui constituent une amélioration sensible par rapport à celles prévues par la loi qui vient d'être mentionnée. C'est ainsi qu'elle autorise la Caisse des Dépôts à consentir des prêts pour une durée maximum de quarante

ans, ce qui permet ainsi aux organismes de réduire les charges de l'amortissement.

Cette loi stipule également que les prêts seront consentis par la commission d'attribution prévue par l'article 8 de la loi du 10 avril 1908 et siégeant au Ministère de l'Hygiène. Auparavant, les prêts étaient accordés par la commission de surveillance de la Caisse des Dépôts. Le législateur a voulu par cette mesure que les prêts fussent octroyés plus largement que par le passé et souligner ainsi son intention de voir l'intérêt social, que présente la construction de logements à bon marché, l'emporter sur les considérations financières proprement dites qui guidaient jusqu'alors la commission de surveillance de la Caisse des Dépôts.

La loi fixe à 60 % du prix de revient du programme la somme qui peut être prêtée par l'Etat. Elle porte à 75 % cette proportion dans le cas où l'organisme possède la garantie d'un département ou d'une commune. La proportion qui était retenue antérieurement par la Caisse des Dépôts était de 50 %.

L'Etat prend hypothèque de premier rang sur les immeubles acquis ou construits à l'aide de ses avances. Cependant, il n'aura pas ce droit, lorsque l'organisme possède la garantie d'un département ou d'une commune.

La loi de finances du 31 décembre 1921 a apporté une modification appréciable en supprimant les deux premiers échelons des tableaux des maxima de valeurs locatives et des prix de revient.

La loi du 5 décembre 1922 a codifié les lois sur les habitations à bon marché et la petite propriété. Elle a été modifiée sur certains points par les lois du 27 avril 1923 et du 6 décembre 1923.

La loi du 10 avril 1925 s'est préoccupée d'empêcher toute usurpation du titre « d'Office public d'habitations à bon marché » pour des fins d'intérêt privé.

L'article 321 de la loi de finances du 13 juillet 1925 a modifié d'une manière assez sensible les dispositions de l'article 2 de la loi du 5 décembre 1922, relatives aux maxima de valeur locative des logements à bon marché. Il a été complété par l'article 122 de la loi de finances du 30 décembre 1928.

L'article 105 de la loi du 27 décembre 1927 a fixé à 3 % à compter du 1^{er} janvier 1928 le taux des prêts qui seront consentis par l'Etat en vertu de la loi du 5 décembre 1922.

La loi du 13 juillet 1928, dite « loi Loucheur », a établi pour l'ensemble du territoire français un programme à réaliser de 1929 à 1933, concernant la construction de 200.000 logements ou maisons individuelles à bon marché et de 60.000 appartements à loyers moyens.

Cette nouvelle loi a maintenu presque entièrement la législation antérieure codifiée dans la loi du 5 décembre 1922.

Le principal avantage apporté par ce texte consiste dans l'augmentation des crédits ouverts annuellement au budget de l'Etat pour les prêts et dans l'abaissement du loyer de l'argent investi dans les opérations de construction.

Les prêts de l'Etat sont désormais consentis au taux de 2 % au lieu de 3 %, leur montant pouvant atteindre 80 % du prix de revient des immeubles ou 90 % lorsque le remboursement est garanti par un département ou une commune. Si les Offices empruntent à taux normal les sommes qu'ils pourraient demander à l'Etat, celui-ci prend à sa charge la portion d'intérêt qui dépasse 2 %.

Enfin, les départements et communes peuvent contribuer à concurrence de 1,50 % au paiement des intérêts et de l'amortissement tant des avances de l'Etat que des emprunts dont il vient d'être question.

La loi Loucheur a ouvert un nouveau champ d'action aux Offices ainsi qu'aux sociétés d'habitations à bon marché et aux communes qui, sous réserve d'autorisation du ministre de la Santé Publique, peuvent construire des immeubles à loyers moyens.

Les appartements à loyers moyens plus vastes et plus confortables que les logements à bon marché ne doivent pas dépasser, par rapport aux maxima applicables à ces derniers, les coefficients 1,75 pour le prix de revient et 3,6 pour les loyers.

L'organisme constructeur est tenu de faire un apport correspondant à 20 % du montant de la dépense; l'Etat lui avance 10 % au taux de 4 %, cette avance étant remboursable en quarante ans ; si l'organisme emprunte le reste à taux normal, il peut bénéficier d'une contribution au service de l'intérêt, qui est susceptible d'atteindre 3 % pour ce qui concerne la commune et le département et 1,25 % pour l'Etat.

La loi du 13 juillet 1928 a été modifiée et complétée par la loi du 28 juin 1930 dont l'innovation essentielle est la création d'un type de logement destiné aux familles de la classe moyenne et intermédiaire entre les habitations à bon marché et les appartements à loyers moyens.

Ces nouveaux logements, dits logements à bon marché améliorés ou habitations du type intermédiaire, doivent avoir une surface supérieure de 12 m² à celle des habitations à bon marché ordinaires et comporter obligatoirement une salle de douches.

Le prix de revient est limité à une fois et demi celui des habitations à bon marché et le loyer ne peut dépasser le coefficient 2.

Les avances de l'État peuvent atteindre 90 % du prix de revient dans les mêmes conditions que pour les habitations à bon marché, mais l'intérêt de ces avances est porté à 3 % au lieu de 2 %.

La construction des habitations du type intermédiaire a été confiée aux Offices concurremment avec les sociétés et fondations d'habitations à bon marché, à l'exclusion des communes.

La loi du 28 juin 1930 a, d'autre part, modifié d'une manière sensible la législation sur les immeubles à loyers moyens. Le montant du prêt consenti par l'État peut être porté à 50, 60 ou 70 % du montant de la dépense, sous condition que la valeur locative maximum soit ramenée par rapport aux habitations à bon marché respectivement au coefficient 3,4, 3,2, ou 3.

Les résultats obtenus en application de la loi du 13 juillet 1928 ont été dès les premières années très importants. De 1929 à 1933, les avances de la Caisse des Dépôts et Consignations aux organismes constructeurs d'habitations à bon marché et aux organismes de crédit immobilier ont atteint 8 milliards et demi. Ces crédits ont permis de construire 180.000 logements à bon marché et 28.000 appartements à loyers moyens.

Mais dès le début de 1933, alors que le programme Loucheur n'était même pas achevé, le ministre des Finances suspendait presque complètement, en raison des difficultés de trésorerie, l'application de la loi de 1928.

Cependant, la loi du 27 juillet 1934 a reporté au 31 décembre 1935 le terme du programme Loucheur et a décidé que l'exécution de ce programme serait limitée

aux disponibilités restant à prélever sur les sommes prévues par les lois antérieures.

Plusieurs modes de financement ont été envisagés par la loi du 27 juillet 1934. Les organismes constructeurs peuvent soit solliciter des avances de la Caisse des Dépôts et Consignations, conformément au système déterminé par la loi de 1928, soit émettre des emprunts dont le service sera assuré par l'Etat, soit émettre des emprunts gagés par des annuités de l'Etat.

Le décret du 30 septembre 1934, rendu pour l'application de la loi du 27 juillet précédent, a fixé à 6 % le taux réel maximum d'intérêt des emprunts dont le service sera assuré par l'Etat.

Les dispositions ci-dessus mentionnées sont restées, sauf de rares exceptions, sans application pratique. Plus spécialement, l'allocation qui avait été prévue par la loi du 27 juillet 1934 au titre des habitations du type intermédiaire a été presque entièrement réduite par l'article 68 de la loi de finances du 31 décembre 1935. Ce même article reporte le terme d'application de la loi du 13 juillet 1928 au 31 décembre 1936.

Ce ne sont pas seulement les prêts de l'Etat qui font défaut aux Offices publics et Sociétés d'habitations à bon marché. Le gouvernement a également supprimé les subventions instituées par l'article 14 de la loi du 31 mars 1919 (article 59 de la loi du 5 décembre 1922) en faveur des constructions destinées à la location aux familles nombreuses. En effet, un décret-loi du 6 mars 1934, en vue d'équilibrer le budget, a annulé ce crédit. Aucune allocation nouvelle n'ayant été inscrite au budget de 1935 et 1936, l'article 59 de la loi du 5 décembre 1922 sur les habitations à bon marché reste inappliqué.

Nous n'avons pas à discuter ici de l'opportunité de ces mesures.

La législation générale des habitations à bon marché n'a subi aucune modification importante depuis cette époque. Cette rapide énumération de lois et dispositions réglementaires est donc terminée.

Nous avons surtout insisté, au cours de ce chapitre, sur les moyens mis à la disposition des Offices pour accomplir leur tâche. L'importance primordiale de l'appui financier de l'Etat a été mis en évidence et explique sa tendance à vouloir contrôler de plus en plus l'administration de ces organismes.

CHAPITRE II

Notions Générales sur la Fondation et l'Administration d'un Office

Les Offices publics d'habitations à bon marché constituent juridiquement des établissements publics, créés pour la gestion d'un service public, rattachés à l'organisation administrative générale et pourvus de la personnalité morale.

D'après l'article 8 de la loi du 5 décembre 1922 (article 11 de la loi du 23 décembre 1912), les Offices ont pour objet exclusif :

la construction, l'aménagement et la gestion d'habitations à bon marché ;

l'assainissement de maisons existantes présentant les caractéristiques légales des habitations à bon marché ;

la création de cités-jardins ou de jardins ouvriers.

Aux termes de l'article 9 de cette même loi (article 12 de la loi de 1912), les Offices sont créés par décret rendu en Conseil d'Etat sur la proposition du ministre de l'Intérieur et du ministre de l'Hygiène, de l'Assistance et

de la Prévoyance Sociale (aujourd'hui ministre de la Santé Publique), à la demande soit d'un Conseil municipal, soit des Conseils municipaux de communes ayant à cet effet constitué un syndicat en conformité du titre VIII de la loi du 5 avril 1884, soit d'un Conseil général, et après avis des Comités de patronage des habitations à bon marché et de la prévoyance sociale ainsi que du comité permanent du Conseil supérieur des habitations à bon marché.

Conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant les établissements publics, la création n'est autorisée que si la commune ou le département a constitué au nouvel organisme une donation lui assurant une existence indépendante.

Nous avons vu précédemment que le principal souci du législateur de 1912 a été de donner aux Offices une autonomie réelle afin de les rendre indépendants des sollicitations de la politique générale ou de la politique locale. D'autre part, il a tenu à leur assurer une gestion prudente et une certaine permanence dans l'administration.

En vertu de ces principes, les Offices d'habitations à bon marché sont gérés par un Conseil d'Administration composé de dix-huit membres :

Six membres sont nommés par le Préfet parmi les personnes particulièrement compétentes en matière d'hygiène ou de construction et de gestion d'habitations populaires ;

Six membres sont délégués suivant le cas, soit par le conseil municipal, soit par le comité du syndicat de communes, soit par le conseil général ;

Six membres représentent respectivement les institutions suivantes : les Comités de patronage des habitations à bon marché et de la prévoyance sociale, les Sociétés approuvées d'habitations à bon marché, le Bureau des sociétés et unions de sociétés de secours mutuels, le Conseil départemental d'hygiène, les Conseils des directeurs des Caisses d'épargne, les Unions de syndicats.

Il est à noter que les femmes peuvent faire partie du Conseil d'administration. D'autre part, le Conseil peut s'adjoindre deux locataires des immeubles qu'il gère.

Une fois constitué, le Conseil d'administration nomme son président et son bureau (article 13 de la loi de 1912; article 10 de la loi de 1922).

Les membres du Conseil restent en fonction pendant des périodes différentes suivant la catégorie à laquelle ils appartiennent. Les règles qui s'appliquent à la durée de leur mandat, au renouvellement de leur mission ou à leur révocation, sont celles qui ont été fixées pour les membres des Commissions administratives des bureaux de bienfaisance et des hospices par la loi du 21 mai 1873, articles 4 et 5, modifiés par la loi du 5 août 1879 (article 14 de la loi de 1912; article 11 de la loi de 1922).

En conséquence, les délégués du Conseil municipal ou du Conseil général suivent le sort de cette assemblée pour la durée de leur mandat. Les autres membres sont nommés pour 4 ans et renouvelables par quart. Après la constitution du Conseil d'administration, les membres nommés pour un, deux, trois et quatre ans, sont déterminés par un tirage au sort.

Un administrateur est désigné pour administrer les finances et ordonnancer toutes les dépenses. A son défaut, c'est au président que cette mission incombe.

Les recettes et les dépenses de l'Office sont effectuées par un receveur nommé par le Préfet sur une liste de trois personnes présentées par le Conseil d'administration. Ce receveur est chargé seul et sous sa responsabilité de poursuivre la rentrée de tous les revenus de l'Office et de toutes les sommes qui lui seraient dues, ainsi que d'acquitter les dépenses ordonnancées jusqu'à concurrence des crédits régulièrement accordés (articles 17 à 20 de la loi de 1912 ; articles 14 à 17 de la loi de 1922).

L'article 15 de la loi du 23 décembre 1912, remplacé par l'article 12 de la loi du 5 décembre 1922, stipule que « le Conseil d'administration règle par ses délibérations les affaires de l'Office ».

Cependant, cet article apporte immédiatement des exceptions à cette règle en énumérant un certain nombre d'actes pour lesquels l'approbation de l'autorité supérieure est exigée. Il résulte des dispositions contenues dans cet article et dans l'article 13 qui le complète, que les délibérations concernant les aliénations et échanges d'immeubles ou de titres, de valeurs mobilières, les acquisitions d'immeubles, les projets, plans et devis de constructions et de grosses réparations, les budgets, sont exécutoires sur l'approbation du Préfet, après avis du Conseil municipal ou de la Commission départementale et du Comité de patronage des habitations à bon marché ; il en est de même des emprunts, si la somme empruntée ne dépasse pas trois millions de francs, ou si, réunie au chiffre d'autres emprunts non encore remboursés, elle n'excède pas ce chiffre. Si ces conditions ne sont pas remplies, l'emprunt ne peut être autorisé que par décret du Président de la République, pris sur le rapport du ministre de l'Intérieur après avis du mi-

nistre de l'Hygiène, de l'Assistance et de la Prévoyance sociales (actuellement ministre de la Santé Publique).

En conséquence, les Conseils d'administration des Offices publics d'habitations à bon marché avaient en principe tous pouvoirs pour accomplir sans aucune autorisation tous les actes non compris dans cette énumération, par exemple celui de passer leurs marchés de travaux de construction selon le mode qui leur convenait.

Nous allons voir cependant que ce point de vue, bien que contesté dès la création des premiers offices, fut ensuite admis, pour être presque totalement rejeté quelques années plus tard.

TITRE PREMIER

Situation antérieure au Décret du 30 Octobre 1935

CHAPITRE PREMIER

Modes de passation des marchés des Offices avant 1930

Dès la constitution des premiers Offices publics d'habitations à bon marché, le problème se posa de savoir sous quelle forme ces établissements devaient passer leurs marchés de travaux et les bureaux des préfectures furent immédiatement consultés. Mais, jusqu'à cette époque, ces services n'avaient eu à s'occuper que des travaux exécutés pour le compte de l'Etat, des départements, des communes ou des établissements de bienfaisance. La législation relative aux Offices publics d'habitations à bon marché ne donnant aucune précision permettant de résoudre ce problème, ces bureaux eurent tout naturellement tendance à appliquer aux opérations des Offices les mêmes dispositions que pour les marchés des autres collectivités publiques. Ils ne se rendaient pas compte, en agissant ainsi, que les Offices étaient des établissements d'une formule toute nouvelle et qu'il ne

convenait pas de leur appliquer strictement, par analogie, les règles déjà existantes concernant d'autres organismes.

Devant des décisions de cette nature, les Offices protestèrent, et les préfectures des Bouches-du-Rhône, du Calvados, de l'Eure et de la Sarthe, indécises sur la solution à donner au problème, consultèrent les ministres de l'Hygiène et de l'Intérieur, et sollicitèrent également l'avis du ministre des Finances.

Des controverses s'élevèrent alors entre les divers départements ministériels où certains approuvaient la décision des bureaux de préfecture, en soutenant notamment que tous les établissements publics, sauf exceptions expressément mentionnées, devaient, de par leur nature même, recourir à l'adjudication publique pour la passation de leurs marchés de travaux.

D'autres réfutaient cette théorie par l'argument suivant : aucun texte n'enjoint de façon générale et impérative à tout service ou établissement public de procéder par voie d'adjudication. On démontrait qu'il n'existait en cette matière que des dispositions particulières à des services nominativement désignés. C'est ainsi que le décret du 18 novembre 1882, venant remplacer l'ordonnance du 4 décembre 1836, dispose dans son article premier : « les marchés de travaux, fournitures ou transports au compte de l'Etat sont faits avec concurrence et publicité, sauf les exceptions mentionnées à l'article 18 ci-après ».

De même, l'ordonnance du 14 novembre 1837 dispose : « Toutes les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance seront données avec concurrence et publicité, sauf les

exceptions ci-après ». Cette disposition a été consacrée par l'article 115 de la loi du 5 avril 1884.

Le décret du 12 juillet 1893, article 98, soumet les marchés au compte des départements aux dispositions du décret du 18 novembre 1882.

D'autre part, on soulignait que, sauf sur certains points de détail, il n'existe pas de législation d'ensemble applicable aux établissements publics et que, dans notre droit public, chaque catégorie d'établissements a son statut propre, différent des autres quant aux pouvoirs d'administration et s'adaptant uniquement au but poursuivi.

Cette variété de régime, base même de la notion d'établissement public, a été particulièrement mise en lumière devant le Conseil d'Etat, à l'occasion d'un arrêt du 22 mai 1903, par le Commissaire du gouvernement M. Romieu : « ce qui caractérise l'établissement public, c'est d'être une personne morale créée pour la gestion d'un service public. Or, le service public peut exister dans des conditions très diverses, avec des ressources très diverses..., avec ou sans individualité financière et comptable propre (section de commune, pauvres de la commune), avec une organisation plus ou moins bien définie et contrôlée, avec ou sans modes de coercition explicitement déterminés par la loi (Chambres de Commerce et autrefois fabriques), avec une indépendance presque complète vis-à-vis de l'Administration (caisses de secours des prêtres âgés ou infirmes). Il y a donc un grand nombre de critères différents pour reconnaître un établissement public, et il n'est pas nécessaire qu'ils se trouvent tous réunis » (1).

(1) Dalloz, jurisprudence générale, 1904, III pages 1 et suiv.

Aussi, on ne rencontre dans notre législation et dans chaque domaine que des dispositions particulières à des établissements nommément désignés.

Aucune disposition légale ou réglementaire ne vient obliger les Offices à procéder à des adjudications. Les articles 14, 19 et 20 de la loi du 23 décembre 1912 stipulent bien que certains textes législatifs, concernant les bureaux de bienfaisance, hospices ou communes, sont applicables aux Offices, mais aucun d'eux n'établit une assimilation générale.

Un second argument en faveur de la thèse des bureaux de préfecture était produit par l'Administration des Finances, argument qui se résume dans le raisonnement suivant :

L'article 569 du décret en date du 31 mai 1862 portant règlement général sur la comptabilité publique stipule que : « les lois et règlements relatifs à l'administration générale des hospices et des établissements de bienfaisance, notamment en ce qui concerne l'ordre de leurs services financiers, la gestion des receveurs, les formes de la comptabilité et le jugement des comptes sont applicables aux établissements d'aliénés, ainsi qu'aux établissements généraux de bienfaisance et d'utilité publique ».

Etant donné que l'on peut soutenir qu'en 1862 et antérieurement on ne faisait pas une distinction formelle entre les établissements publics et les établissements d'utilité publique, cette formule d'ordre général concerne à la fois les institutions appelées maintenant établissements publics et établissements d'utilité publique, que l'on confondait souvent alors, et englobe en réalité tous les établissements publics et parmi eux les Offices d'habitations à bon marché.

Comme l'ordonnance du 14 novembre 1837 oblige les communes et les établissements de bienfaisance à recourir à l'adjudication publique pour l'exécution de leurs travaux, on est amené à conclure, en déduction de ce qui précède, que les Offices sont obligés de recourir également à cette procédure pour la passation de leurs marchés.

Contre cette argumentation qui avait son fondement dans la notion d'établissement public et d'établissement d'utilité publique, on a fait remarquer que cette confusion existait peut-être dans certains textes déjà anciens, mais que l'on distinguait déjà couramment établissements publics et établissements d'utilité publique dès avant le décret de 1862. C'est ainsi que la distinction est faite en termes formels dans les lois des 6 juillet 1860 et 26 février 1862 sur le Crédit Foncier, dans le décret du 30 juillet 1863 sur les dons et legs, et dans l'article 7 § 4 du décret du 2 août 1879, portant règlement intérieur du Conseil d'Etat.

Aussi, il est difficile d'attribuer aux auteurs de 1862 une incertitude de terminologie et de soutenir par conséquent qu'ils ont voulu viser dans leur texte limitatif les deux catégories d'institutions.

Mais en supposant même qu'en 1862 la confusion des établissements publics et d'utilité publique eût été courante, l'article 569 ne concerne que « les établissements généraux qui sont à la fois de bienfaisance et d'utilité publique » et non les « établissements d'utilité publique ». Cette interprétation est d'ailleurs confirmée par les auteurs du décret qui, dans les articles 582 et suivants, expliquent qu'il est question d'établissements administrés par un directeur fonctionnaire, assisté d'une Commission consultative et agissant sous l'autorité du

ministre de l'Intérieur et la surveillance d'un Conseil supérieur présidé par ce ministre. On ne peut comparer ces institutions centralisées à l'extrême et les Offices publics, organismes autonomes régis, d'une part, par un Conseil d'administration dont le préfet ne nomme qu'un tiers des membres et, d'autre part, par un administrateur-délégué choisi par ce Conseil.

Des considérations qui viennent d'être développées et de l'étude approfondie du décret et des textes qui l'ont précédé, il ressort que l'article 569 du décret de 1862, en nommant uniquement les établissements généraux de bienfaisance et d'utilité publique, a voulu désigner ainsi une catégorie spéciale et strictement délimitée d'établissements et non l'ensemble des établissements publics. D'autre part, on ne parle dans cet article que d'établissements généraux, alors que les Offices sont des établissements locaux, municipaux ou départementaux. Ce ne sont, en outre, ni des établissements de bienfaisance, ni des établissements d'utilité publique, ces derniers étant, d'après une jurisprudence constante depuis près d'un demi-siècle, des institutions privées.

Enfin, on soutenait qu'un décret antérieur à la loi de 1912 ne peut venir apporter une dérogation au principe de la liberté des Offices, formellement consacré par ladite loi et ce, quand bien même le décret de 1862 devrait s'étendre à tous les établissements publics.

L'autorité supérieure, et en particulier le ministère du Travail et de l'Hygiène à qui était plus spécialement dévolu le contrôle des opérations des Offices publics d'habitations à bon marché, a été tout naturellement amenée à adopter ce point de vue et à considérer comme normal que les Offices ne soient pas tenus comme les communes et les établissements de bienfaisance de pro-

céder par voie d'adjudication publique lorsque le montant des travaux dépassait certaines limites.

Et c'est ainsi que le 12 décembre 1920, le ministre de l'Intérieur, après avoir pris avis du ministre de l'Hygiène, a fait connaître au préfet du Calvados que les Offices ne sont pas tenus de recourir à l'adjudication pour la passation de leurs marchés.

Le 6 mai 1922, le ministre de l'Hygiène donne en ces termes une nouvelle et très nette consultation sur cette question dans une réponse au préfet des Bouches-du-Rhône :

« Par une lettre qui m'est parvenue le 4 mai 1922, vous me demandez si les Offices publics d'habitations à bon marché sont tenus de recourir à l'adjudication pour leurs travaux de constructions ou grosses réparations.

« Je considère qu'il n'existe aucune règle générale résultant soit d'un texte, soit de la jurisprudence administrative qui puisse obliger les Offices publics à procéder par voie d'adjudication. L'ordonnance de 1837 ne concerne en effet que les communes et les établissements de bienfaisance et ne fait pas, pas plus d'ailleurs que le décret du 31 mai 1862, une règle absolue de l'adjudication pour les établissements publics.

« Les Offices publics peuvent donc, à mon sens, passer des marchés de gré à gré ou faire des adjudications pour tous les travaux qu'ils ont à exécuter. Ce point de vue est conforme au vœu du législateur pour qu'ils puissent remplir, dans les meilleures conditions, le but en vue duquel ils ont été créés.

« J'ajoute que l'adjudication, quand elle est obligatoire, n'est jamais prescrite que dans l'intérêt de la personne morale et que, même dans ce cas, les réclama-

tions fondées sur le défaut d'adjudication ne peuvent, en principe, donner lieu à un recours contentieux de la part des entrepreneurs.

« Il convient donc de laisser les Offices publics d'habitations à bon marché décider, en pleine liberté, s'ils recourront au marché de gré à gré ou à l'adjudication, qu'elle soit publique ou restreinte. ».

En juillet de la même année, le même ministre déclare au préfet de la Sarthe que la loi du 17 juin 1918 relative aux marchés de gré à gré et aux marchés sans écrit ne s'applique pas aux Offices et, qu'en conséquence, ces derniers ont le droit de traiter même au-delà de 600 francs sans soumission écrite.

Le ministère des Finances qui, en vertu de l'article 569 du règlement du 31 mai 1862, avait tout d'abord déclaré que les Offices devaient recourir à l'adjudication, a finalement reconnu par une circulaire du 10 mai 1924 et dans les termes suivants la thèse de la liberté des Offices en cette matière : « Il est bien précisé que les limites fixées par la loi du 15 janvier 1924 (circulaire du 27 mars 1924) relative aux traités de gré à gré et aux achats sans marché passés ou effectués par les communes ne sont pas applicables aux opérations de même nature faites pour le compte des Offices.

« En vertu de l'article 12 de la loi du 5 décembre 1922, les Conseils d'administration des Offices ont, en effet, toute latitude pour décider s'il y a lieu de procéder par voie d'adjudication publique ou de traiter de gré à gré avec ou sans appel à la concurrence. »

Dans ces conditions, les Offices étaient entièrement libres de passer leurs marchés de travaux suivant le mode qui leur convenait quelle que fût l'importance de l'opération.

Il semble que, le plus souvent, ces établissements ont eu recours au marché de gré à gré précédé d'un appel à la concurrence. M. Jèze, dans son traité sur les contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics, énumère les formalités à observer dans ce cas (1) : « l'administration désigne les entrepreneurs ou fournisseurs auxquels elle demande des offres. Il n'y a pas concurrence proprement dite. C'est un moyen, pour l'administration, de s'éclairer sur les prix du marché. Les formalités diffèrent beaucoup de celles de l'adjudication proprement dite; elles n'ont aucune publicité; il n'y a pas de bureau d'adjudication. Les formes ont un caractère officieux ; elles ne sont pas obligatoires juridiquement ; ce sont des moyens de faire connaître à l'administration les conditions et les prix courants du marché.

« Parfois, dans la demande d'offres, l'administration fait connaître à ceux auxquels elle est adressée, en même temps que tous les renseignements nécessaires pour l'établissement des propositions, que les offres souscrites engageront leurs auteurs jusqu'à l'expiration d'un délai fixé pour l'approbation et la notification. Dans ce cas, le fait seul de répondre, dans les délais fixés, sans réserve, à la demande d'offres, en présentant une proposition quelconque, constitue acceptation formelle de cet engagement. Par contre, l'administration n'assume aucun engagement. Elle choisit, entre les offres, celles qui lui paraissent les plus avantageuses. Elle n'est pas tenue de donner aux concurrents évincés les motifs qui

(1) Formation, exécution des contrats administratifs, page 89.

ont conduit au rejet de leurs offres. Le choix fait par l'administration ne peut donner lieu à aucune réclamation de la part des concurrents ».

Plusieurs Offices eurent également recours pour l'exécution de certains travaux soit au marché de gré à gré pur et simple, soit, dans le sens opposé, à l'adjudication publique, prouvant ainsi leur complète indépendance en ce domaine.

CHAPITRE II

L'arrêt Le Cordenner et Petton

A la suite des décisions administratives énumérées dans le chapitre précédent, aucune controverse sérieuse, relative aux modes de passation des marchés des Offices, ne s'éleva jusqu'en 1930. Il était admis que ces organismes jouissaient à cet égard de la plus grande liberté.

L'article 38 de la loi du 13 juillet 1928 avait bien, entre temps, soulevé la question de la participation des sociétés ouvrières aux adjudications ou concours ouverts pour l'application de cette loi. Mais les dispositions qui y étaient contenues n'étaient pas interprétées comme rendant implicitement obligatoire à tous les organismes d'habitations et notamment aux Offices le recours à ces formalités pour leurs futurs marchés de travaux.

On considérait simplement que les stipulations de cet article s'appliquaient lorsque les travaux faisaient l'objet d'une adjudication ou d'un concours, mais qu'elles n'imposaient ni l'une ni l'autre de ces deux procédures.

Mais le principe de l'indépendance des Offices en cette matière fut ébranlé par un arrêt du Conseil d'Etat rendu dans une affaire Le Cordenner et Petton, le 10 janvier 1930.

Cet arrêt est ainsi conçu :

Le Conseil d'Etat :

Vu l'ordonnance du 14 novembre 1837;

Vu la loi du 28 Pluviose, An VIII ;

Vu les lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872.

Considérant qu'au début du mois de décembre 1923, l'Office Public d'Habitations à bon marché de la Ville de Brest a annoncé par affiches et publications la mise en adjudication de travaux de construction d'habitations; qu'au nombre des conditions fixées par le cahier des charges figurait l'obligation pour l'adjudicataire de consentir à l'Office un prêt, non productif d'intérêts, de 358.000 francs, qu'à la suite de ces mesures de publicité, deux entrepreneurs seulement firent connaître leur intention de concourir ;

Considérant que l'adjudication annoncée a eu lieu le 25 juillet 1925 seulement; qu'en outre, l'Office avait, dans l'intervalle, renoncé à la condition de prêt ci-dessus visée ;

Considérant que d'après l'article premier de l'ordonnance du 14 novembre 1837 portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance, les entreprises doivent être données avec concurrence et publicité ; que ces dispositions doivent être réputées applicables aux marchés passés par les Offices publics d'habitations à bon marché ;

Considérant qu'en admettant que les mesures de publicité prises en 1923 aient été en elles-mêmes régulières, elles ne peuvent être considérées comme efficaces à l'égard d'une adjudication qui n'a eu lieu qu'après qu'une charge importante de l'entreprise avait été supprimée, et plus de dix-huit mois, au surplus, après l'appel

d'offres primitif : que, dans ces circonstances, les requérants sont à la fois recevables et fondés à se plaindre des irrégularités commises ;

Sont annulées : 1° la délibération du Conseil d'administration de l'Office Public d'habitations à bon marché de la Ville de Brest, en date du 10 juillet 1925 ;

2° La décision du bureau d'adjudication, en date du 25 juillet 1925, déclarant le sieur Leguell adjudicataire ; ensemble, les décisions du préfet du département du Finistère du 27 juillet 1925 approuvant l'adjudication et du 28 juillet 1925 rejetant la protestation du sieur Le Cordenner (1).

On était amené à conclure en vertu du troisième considérant de cet arrêt que, contrairement à ce qui avait été pratiqué jusqu'alors, les entreprises pour travaux et fournitures des Offices devaient être données comme celles des communes et des établissements de bienfaisance avec concurrence et publicité et ce, conformément aux dispositions de l'ordonnance du 14 novembre 1837.

Les objections suivantes furent immédiatement soulevées :

L'arrêt du Conseil d'Etat est isolé et dans cette affaire l'Office Public des habitations à bon marché de la Ville de Brest n'a pas soutenu la thèse suivant laquelle les Offices ne sont pas tenus de donner leurs travaux par voie d'adjudication. Il s'est borné à soutenir la validité de l'adjudication du 25 juillet 1925, comme ayant été précédée d'une publicité en décembre 1923.

(1) Sirey, 1931, III, page 120.

Le Conseil d'Etat a estimé que les mesures de publicité de 1923 ne pouvaient pas être considérées comme efficaces en 1925, alors surtout qu'il y avait eu une modification importante dans le cahier des charges. D'autre part, il n'a pas visé la loi du 5 décembre 1922 et n'a, par conséquent, pas envisagé la législation spéciale aux Offices.

Et on concluait que l'arrêt du 10 janvier 1930 n'avait pu faire jurisprudence sur la question du principe de l'adjudication considérée comme obligatoire pour les Offices.

Cependant, l'Administration estima, en se référant à cet arrêt du Conseil d'Etat, que les Offices devaient se conformer à l'ordonnance du 14 novembre 1837 et procéder, en principe, par voie d'adjudication.

C'est ainsi que M. Max Hymans, député, ayant demandé, le 19 mars 1931, au ministre de la Santé Publique par une question écrite : « 1° si un Office d'habitations à bon marché, traitant des travaux en vertu de la loi dite « Loucheur », a le droit de traiter une partie de ces travaux par adjudication restreinte, et une autre partie sans aucune adjudication, de la main à la main et sans aucun appel à la concurrence ; 2° si ce mode de procéder est conforme à la loi », il lui fut répondu : « Il résulte de la décision rendue par le Conseil d'Etat, le 10 janvier 1930, dans l'affaire Le Cordonner — Office Public d'habitations à bon marché de Brest, que les dispositions de l'ordonnance du 14 novembre 1837, qui prescrivent que les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance doivent être données avec concurrence et publicité, doivent être réputées applicables aux marchés passés

par les Offices publics d'habitations à bon marché », (*Journal officiel* du 6 mai 1931).

Cependant, l'Administration ne semblait prendre cette décision qu'à contre cœur et hésiter encore à se prononcer définitivement sur la question.

En effet, à une autre question écrite de M. François Merlant, en date du 9 mars 1931, où ce dernier rappelle à Monsieur le ministre de la Santé Publique : « qu'aux termes d'une circulaire (n° 2.496) de la direction de la Comptabilité publique en date du 10 mai 1924, les Conseils d'administration des Offices publics d'habitations à bon marché auraient toute latitude pour décider s'il y a lieu de procéder, pour leurs marchés, par voie d'adjudication publique ou de traiter de gré à gré avec ou sans appel à la concurrence ; et lui demande si cette circulaire n'a pas été rapportée à la suite de l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 janvier 1930, qui juge, au contraire, que les dispositions de l'article premier de l'ordonnance du 14 novembre 1837, d'après laquelle les entreprises pour travaux et fournitures, au nom des communes et établissements de bienfaisance, doivent être données : a) avec concurrence et publicité ; b) réputées applicables aux marchés prévus par les Offices publics d'habitations à bon marché », le ministre répondait :

« Depuis qu'est intervenu l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 janvier 1930, l'Administration a invariablement répondu, chaque fois qu'elle a été consultée, que les Offices publics d'habitations à bon marché avaient l'obligation, conformément à cette jurisprudence, de traiter leurs marchés de travaux et fournitures avec concurrence et publicité. Mais il n'a pas paru opportun de rapporter jusqu'ici la circulaire de la direction de la Comptabilité publique du 10 mai 1924, en raison du dépôt

prochain d'un projet de loi, dont une disposition a pour objet de soustraire les Offices aux obligations imposées aux communes et établissements de bienfaisance, en matière d'entreprises de travaux et fournitures, par l'ordonnance du 14 novembre 1837 » (*Journal officiel* du 26 mars 1931).

En outre, peut-être en raison de l'éventualité du vote de cette loi, aucune précision n'était donnée aux Offices concernant les conditions dans lesquelles ils devaient appliquer pour la conclusion de leurs marchés de travaux les dispositions de l'ordonnance de 1837.

Il fallut attendre le décret du 30 octobre 1935 pour avoir un nouveau texte sur la question. Et, contrairement à ce qui était prévu et vraisemblablement à la suite d'abus survenus dans certains Offices, ce décret se rallia dans une certaine mesure à l'avis du Conseil d'Etat et porta atteinte en cette matière au principe de l'indépendance des Offices en les obligeant à suivre, le plus souvent, certaines règles pour la passation de leurs marchés de construction.

TITRE II

Le décret du 30 Octobre 1935

CHAPITRE PREMIER

Analyse du Décret

Le 30 octobre 1935, de nombreux décrets-lois étaient signés par le Président de la République et publiés au *Journal officiel* du 31 octobre. Ces décrets constituaient la dernière série de mesures prises en quelques mois par le ministère Laval en application de la loi du 8 juin 1935 qui accordait au gouvernement des pouvoirs exceptionnels pour assurer la défense du franc et la lutte contre la spéculation.

Parmi les décrets relevant du ministère de la Santé Publique on trouvait un texte présenté sous le titre suivant : « Décret portant obligation du versement de l'intégralité du capital pour la constitution des sociétés de crédit immobilier et rendant obligatoire le recours à l'adjudication ».

Ce décret semblait donc à première vue ne se rapporter en aucune manière aux Offices publics d'habitations à bon marché. Seul, le lecteur attentif et curieux s'apercevait, en étudiant ce texte, qu'il comportait des dispo-

sitions relatives à la fois à la constitution des Sociétés de crédit immobilier ou d'habitations à bon marché, à l'obligation pour ces Sociétés et pour les Offices publics de recourir dans certains cas à l'adjudication pour leurs marchés de travaux, enfin à l'instauration d'un certain droit de contrôle des départements et communes sur les organismes d'habitations à bon marché dont ils ont garanti les emprunts.

L'ensemble du décret ne concerne donc pas notre sujet et seul l'article 2 doit retenir notre attention.

Cet article est ainsi conçu : « Les subventions de l'Etat et les prêts à taux réduit de l'Etat prévus par la législation des habitations à bon marché en faveur des Offices publics et Sociétés d'habitations à bon marché ne sont pas accordés à ceux de ces organismes qui n'ont pas pris l'engagement de passer leurs marchés de construction par adjudication ou concours ouverts à tous les entrepreneurs présentant les garanties de capacité ou de solvabilité fixées par le cahier des charges qui sera établi conformément au type fixé par arrêté du ministre de la Santé Publique et de l'Education Physique.

« Sont seuls affranchis de cette règle :

1° En ce qui concerne les Offices départementaux et les Sociétés, les marchés dont le montant est inférieur à la limite au-dessus de laquelle les textes en vigueur imposent, pour les départements, la règle de l'adjudication ;

2° En ce qui concerne les Offices municipaux, les marchés dont le montant est inférieur à la limite analogue fixée par les textes en vigueur pour les communes.

« L'annonce de l'adjudication sera rendue publique au moins un mois à l'avance. Le dépouillement des sou-

missions et l'examen des garanties offertes par les concurrents seront opérés par une commission comprenant, outre les représentants qualifiés de l'organisme, l'ingénieur en chef des ponts et chaussées du département où les travaux seront exécutés ou son représentant. Le compte rendu de l'adjudication sera consigné dans un procès-verbal signé des membres de la commission.

« L'inobservation d'une des clauses qui précèdent entraînerait de plein droit le remboursement immédiat de la subvention ou du prêt encaissés pour la tranche de travaux auxquels se rapporterait l'infraction constatée.

« Les règles imposées aux communes pour le mode de passation de leurs marchés sont, en outre, applicables aux Offices publics d'habitations à bon marché en tout ce qu'elles n'ont pas de contraire aux dispositions ci-dessus ».

Le rapport au Président de la République qui précède le décret contient l'exposé des motifs qui justifient sa promulgation.

Il est déclaré dans le premier alinéa de ce rapport : « L'expérience a montré que diverses mesures devaient être prises en ce qui concerne la législation sur les habitations à bon marché » et notamment « pour garantir que les travaux financés presque exclusivement avec des fonds de l'Etat seront exécutés dans des conditions qui ne prêtent à aucune critique ».

La réforme apportée par l'article 2 était présentée en ces termes : « L'article 2 subordonne le concours financier de l'Etat à l'engagement par les organismes d'adopter pour leurs marchés le régime de l'adjudication. Il précise, en s'inspirant des règles adoptées pour les unités administratives, les conditions de ces adjudications

dont les opérations s'effectueraient devant une commission comprenant un haut fonctionnaire départemental ou son représentant ».

Ces explications soulignent la caractéristique essentielle du changement apporté par l'article 2 du décret du 30 octobre 1935 : l'obligation formelle pour les organismes d'habitations à bon marché et plus spécialement pour les Offices de recourir à l'adjudication ou au concours pour la passation de leurs marchés de construction lorsque ces derniers sont financés par l'Etat. La sanction de l'inobservation des termes du décret est automatiquement prévue : elle consiste dans le remboursement immédiat de la subvention ou du prêt encaissé pour la tranche de travaux auxquels se rapporterait l'infraction constatée.

Ce nouveau texte, dont les dispositions sont d'ordre purement administratif, est beaucoup moins formel que l'arrêt du Conseil d'Etat. En effet, les Offices ont recouvré, pour la passation de leurs marchés de travaux, la liberté que la jurisprudence administrative leur avait enlevée sauf dans le cas où il s'agit d'entreprises de construction nécessitant l'intervention financière de l'Etat.

Par conséquent, si un Office recevait pour la réalisation d'un programme de construction déterminé un don d'un particulier ou l'appui financier d'une collectivité autre que l'Etat, il serait libre de passer les marchés de travaux afférents à cette opération selon le mode qui lui conviendrait.

D'autre part, un Office n'est jamais obligé de recourir à l'adjudication ou au concours pour les marchés qui ne sont pas de construction.

Mais le rétablissement du principe de l'indépendance des Offices en ce domaine n'est que théorique. En effet, leurs programmes de construction sont le plus souvent financés entièrement ou partiellement par l'Etat et la situation contraire sera peu fréquente. De plus, ils sont appelés de par leur mission même à conclure presque toujours des marchés de construction.

Les Offices sont donc en fait, depuis le 30 octobre 1935, obligés de recourir à l'adjudication pour leurs marchés de travaux et c'est en tenant compte du caractère quasi absolu de cette obligation que nous poursuivrons cette étude sans nous occuper des cas exceptionnels où alors toute liberté est permise.

Notons en passant, que le caractère administratif des prescriptions du décret interdit aux tiers de se référer à ce texte pour demander l'annulation d'un marché de construction qui n'aurait pas été passé par adjudication ou concours.

Seul, l'Etat peut être fondé à invoquer vis-à-vis d'un Office les dispositions ci-dessus mentionnées pour lui refuser éventuellement son aide financière en vue de la réalisation de telle ou telle opération.

Le Conseil de Préfecture de la Seine a statué dans ce sens le 1^{er} juin 1937, dans une affaire « Office Public d'Habitations à bon marché de la Ville de Paris contre Bongrand et Dupin » en stipulant, « en ce qui concerne la régularité de l'adjudication, qu'aux termes de la législation et des dispositions réglementaires en vigueur, rien ne s'opposait à ce que l'Office ait, dans les formes adoptées par lui, fait appel à la concurrence entre entrepreneurs agréés en vue de la conclusion d'un marché de gré à gré » ;

En effet « le décret du 30 octobre 1935, qui ne vise que les obligations imposées par l'Etat aux Offices qui font appel à son concours, ne saurait être invoqué par l'entreprise à l'appui de sa contestation touchant aux prétendus vices de forme entachant la régularité de l'adjudication ».

CHAPITRE II

Le Cahier des Charges-type

L'article 2 du décret du 30 octobre 1935 contient les principales prescriptions que les Offices auront à observer quand ils recourront à l'adjudication ou au concours pour leurs marchés de travaux. En effet, nous avons vu qu'il souligne la nécessité d'annoncer l'adjudication publiquement au moins un mois à l'avance et d'assurer l'examen des garanties présentées par les concurrents et le dépouillement des soumissions par une commission dont il donne la composition.

Il indique également pour quelles opérations, bien qu'elles soient financées par l'Etat, les Offices sont affranchis de la règle de l'adjudication et peuvent, en conséquence, passer des marchés de gré à gré.

Chacune de ces prescriptions sera étudiée dans le détail au cours des chapitres suivants.

D'autre part, le décret annonçait la publication prochaine par le ministère de la Santé Publique et de l'Education Physique d'un cahier des charges-type, d'après lequel devraient être établis les cahiers des charges des Offices, et qui contiendrait notamment l'énumération des garanties de capacité et de solvabilité exigées des entrepreneurs pour être admis à participer à l'adjudication ou au concours.

Ce cahier des charges-type ne fut communiqué aux Offices que sept mois après la promulgation du décret, en avril 1936. Dans l'intervalle, les Offices furent obligés, pour la passation de leurs marchés de travaux, de tenir compte uniquement des dispositions contenues dans l'article 2 du décret et des règles imposées aux communes.

Les Offices ont reçu en réalité deux documents : d'une part, le cahier des charges-type annoncé, d'autre part, une circulaire intitulée : « Formes et conditions des marchés des organismes constructeurs d'habitations à bon marché ».

Ce dernier document rappelle brièvement dans quelle situation se trouvaient les Offices publics et les sociétés d'habitations à bon marché avant le décret du 30 octobre 1935, commente ensuite les termes du décret et donne des précisions sur les dispositions contenues dans le cahier des charges-type, notamment en ce qui concerne les formalités nécessitées par l'adjudication ou le concours, précisions qui seront rappelées et commentées par la suite.

Les stipulations insérées dans le cahier des charges-type sont intéressantes et utiles, mais elles se juxtaposent souvent sans avoir aucun rapport entre elles.

Ce cahier contient également des instructions qui ne présentent un intérêt que pour les Offices ou les Sociétés d'habitations à bon marché et ne peuvent être maintenues dans un document destiné à être mis à la disposition des entrepreneurs: c'est ainsi, par exemple, qu'il donne des précisions sur la composition de la commission d'adjudication ou concours et indique dans quel délai le procès-verbal des séances de cette commission doit être produit à la Caisse des Dépôts et Consignations.

Par contre, ce texte comporte bien des lacunes, et un Office, qui se bornerait à recopier servilement ce cahier des charges-type, risquerait fort d'avoir des difficultés avec les entrepreneurs dès la passation du marché et beaucoup plus encore lors de son exécution. De deux choses l'une, ou ce texte, qui paraît être la compilation de dispositions contenues dans certains cahiers des charges déjà existants et émanant de diverses collectivités publiques, compilation vraisemblablement rapide « vu l'urgence », n'a pour but que de donner un aperçu de ce que doit être le cahier des charges d'un Office, en énumérant les prescriptions indispensables qu'il doit contenir, ou bien c'est un texte imposé auquel on ne doit rien ajouter, et, en ce cas, il se révèle nettement insuffisant.

Il semble que ce soit la première hypothèse qui doive être retenue, ce cahier n'étant en somme destiné qu'à servir de canevas à un Office ou à une Société d'habitations à bon marché, pour l'élaboration de son cahier des charges générales.

Cette opinion est confirmée par les commentaires contenus dans la circulaire « sur les formes et conditions des marchés » et qui concerne plus spécialement le cahier des charges-type : « Conformément aux prescriptions du premier alinéa de l'article 2 il a été établi un cahier type des charges générales auquel les Offices et Sociétés devront se conformer.

« Leur attention est spécialement attirée sur les règles fixées dans le titre premier de ce cahier qui se réfèrent aux garanties à demander aux soumissionnaires et au cautionnement à prévoir. Ces règles ont été élaborées de manière à concilier autant que possible le désir de n'admettre que des entrepreneurs d'une suffisante capacité

et solvabilité avec la nécessité de maintenir une large concurrence. C'est cette dernière considération que les organismes ne doivent jamais perdre de vue; aussi ne sauraient-ils, sans engager leur responsabilité, renchérir sur les règles posées par le cahier-type. »

Il résulte de ce texte qu'à condition de rester dans les limites indiquées par le cahier des charges-type et d'observer tout particulièrement certaines règles contenues dans le titre premier, les Offices peuvent apporter toutes les améliorations qui leur semblent nécessaires.

Ce cahier-type est présenté sous la rubrique suivante: « Cahier des charges générales applicables aux travaux exécutés pour le compte des Offices publics et Sociétés d'habitations à bon marché ». Il comprend quatre titres. Le premier énumère les conditions à remplir pour participer aux adjudications et concours, étudie la composition et le fonctionnement de la commission d'adjudication et donne des précisions sur le cautionnement exigé de l'adjudicataire ainsi que sur les conditions de travail.

Le titre II, intitulé « Obligations de l'entrepreneur » comprend trois divisions qui sont dénommées respectivement : Obligations de se conformer aux ordres de l'architecte, Obligations de faire l'ouvrage à temps, Retards, Obligations de bien faire l'ouvrage. Autrement dit, ce titre est relatif à l'exécution des travaux.

Le titre III concerne les droits de l'entrepreneur et plus particulièrement les conditions exigées pour le paiement de ses travaux.

Enfin, le titre IV, sous la dénomination facile de « Divers » contient des dispositions relatives notamment à la solidarité des entrepreneurs, aux frais qui leur incombent personnellement ou collectivement. Il prévoit

également les mesures à prendre en cas de contestation et dans quels cas il peut être procédé à une résiliation du contrat.

Dans les développements qui vont suivre nous nous arrêterons simplement aux prescriptions contenues dans le titre premier qui concernent, pour leur plus grande part, les formalités requises pour une adjudication ou un concours, en cherchant à les compléter et à les coordonner.

Pour ce faire, nous n'oublierons pas que le dernier alinéa de l'article 2 du décret stipule que « les règles imposées aux communes pour le mode de passation de leurs marchés sont, en outre, applicables aux Offices publics d'habitations à bon marché en tout ce qu'elles n'ont pas de contraire aux dispositions du décret ».

Par conséquent, les Offices, pour procéder à une adjudication ou à un concours et même à un marché de gré à gré, doivent se conformer en premier lieu aux termes du décret, puis aux dispositions du cahier des charges-type et de l'instruction qui lui est jointe, et, comme ces documents s'avèrent souvent incomplets, rechercher dans de nombreux cas les règles qui s'appliquent aux communes.

Nous chercherons à réaliser la synthèse de tous ces éléments en examinant successivement : l'adjudication, le concours, le marché de gré à gré.

TITRE III

Modes de passation des marchés des Offices depuis le 30 Octobre 1935

CHAPITRE PREMIER

L'Adjudication

SECTION I. — *CARACTERE DE L'ADJUDICATION.*

M. Gaston Jèze donne la définition suivante des contrats passés par adjudication publique (1) : « Dire qu'un contrat doit être passé par adjudication, cela signifie que les agents administratifs compétents pour conclure les contrats ne choisissent pas librement la personne (individu ou société) avec laquelle ils vont contracter. Leur compétence, à cet égard, est liée. Ils doivent conclure le contrat avec celui qui, toutes choses égales d'ailleurs, offre les meilleures conditions de prix. Il convient donc de faire un appel public à tous ceux qui, tout en donnant des garanties de bonne exécution du contrat, sont susceptibles de conclure le contrat projeté. Celui

(1) Formation, exécution des contrats administratifs, page 76.

qui offrira les meilleures conditions devra être choisi. C'est lui avec qui les agents publics compétents devront conclure le contrat. »

Puis il distingue plusieurs sortes d'adjudications : 1° les adjudications simples ; — 2° les adjudications restreintes ; — 3° les adjudications sur concours d'échantillons et de prix. Il définit ainsi les deux premières : « 1° les adjudications simples ont lieu pour les fournitures, travaux, transports, exploitations ou fabrications pouvant être livrées sans inconvénient à une concurrence illimitée. Dans cette première série de cas, aucune condition spéciale de capacité n'est exigée des concurrents.

« 2° les adjudications restreintes sont employées quand les fournitures, travaux, transports, exploitations ou fabrications ne peuvent être confiées qu'à des personnes remplissant certaines conditions et après examen des titres justifiant de la capacité technique et de la possession des moyens de production. » (1).

La définition de la troisième sorte d'adjudication sera citée dans le chapitre concernant le concours ; elle ne présenterait aucun intérêt dans ce développement.

De même, M. Monsarrat dans son livre sur « les marchés de travaux et de fournitures des communes et des établissements communaux de bienfaisance » souligne (2) que « l'adjudication restreinte est celle à laquelle ne sont admises à concourir que des personnes préalablement reconnues capables par l'administration et c'est

(1) Formation, exécution des contrats administratifs, p. 100.

(2) page 54.

ce qui la différencie de l'adjudication publique avec libre concurrence ; le Conseil Municipal ou la commission spéciale désignée à cet effet doivent arrêter définitivement la liste des concurrents admis à prendre part à l'adjudication avant le dépôt des soumissions ou, tout au moins, avant l'ouverture des plis renfermant les soumissions, mais entre les concurrents admis, il y a lieu de faire application des règles qui régissent les adjudications publiques ».

Il rappelle que « ce système est expressément visé pour les entreprises de travaux et de fournitures au nom des communes par l'article 3 de l'ordonnance du 14 novembre 1837 et pour les entreprises de même nature au nom de l'Etat par l'article 3 du décret du 18 novembre 1882. » Ce dernier article est conçu en ces termes : « les adjudications publiques relatives à des fournitures, travaux, transports, exploitations ou fabrications qui ne peuvent être, sans inconvénient, livrées à une concurrence illimitée, sont soumises à des restrictions permettant de n'admettre que les soumissions qui émanent de personnes reconnues capables par l'administration au vu des titres exigés par le cahier des charges et préalablement à l'ouverture des plis renfermant les soumissions ».

Compte tenu de ces définitions et textes, quelle est la nature de l'adjudication à laquelle doivent procéder les Offices en vertu du décret du 30 octobre 1935 ?

Le décret indique simplement que l'adjudication est ouverte à tous les entrepreneurs présentant les garanties de capacité ou de solvabilité fixées par le cahier des charges et que l'examen de ces garanties sera effectué par une commission.

La circulaire, qui présente le cahier des charges-type, souligne « la nécessité d'une adjudication ou d'un concours largement ouverts aux entrepreneurs remplissant certaines conditions minima de capacité et de solvabilité. » Elle précise plus loin que l'attention des Offices et Sociétés « est spécialement attirée sur les règles fixées dans le titre premier du cahier qui se réfèrent aux garanties à demander aux soumissionnaires et au cautionnement à prévoir. Ces règles ont été élaborées de manière à concilier autant que possible le désir de n'admettre que des entrepreneurs d'une suffisante capacité et solvabilité avec la nécessité de maintenir une large concurrence. »

L'article 1^{er} du cahier des charges-type donne de nouvelles précisions en ces termes : « Pour être admis à figurer sur la liste des entrepreneurs susceptibles de participer aux adjudications ou concours, liste qui sera établie par la commission visée à l'article 2, chaque concurrent doit adresser à l'autorité désignée dans l'avis d'adjudication ou de concours, et dans le délai fixé par cet avis, les justifications ci-après. » Suit une liste détaillée et assez longue de pièces à fournir qui, comme nous le verrons plus loin, sont susceptibles de donner des renseignements sur la capacité et la solvabilité des entrepreneurs.

Le deuxième article du cahier indique notamment dans quelles conditions la commission opérera le dépouillement des soumissions « à l'expiration du délai fixé pour l'envoi des soumissions ou des offres des entrepreneurs inscrits sur la liste susvisée ».

Il résulte de ces dispositions que seuls les entrepreneurs reconnus capables et solvables sont inscrits sur la

liste d'admission par la commission et peuvent soumissionner ; la concurrence n'est donc pas illimitée et en conséquence, le système d'adjudication imposé aux Offices par l'article 2 du décret du 30 octobre 1935 est celui de l'adjudication publique restreinte.

Etudions maintenant la procédure à suivre pour que cette adjudication se déroule régulièrement.

SECTION II. -- *FORMALITES PRELIMINAIRES.*

§ I. — LA PUBLICITÉ

« C'est la garantie que tout se passera correctement (1) ».

Lorsque le Conseil d'Administration d'un Office a décidé de procéder à l'exécution de travaux de construction et qu'il est obligé pour la conclusion des marchés afférents à ces travaux de recourir à l'adjudication, il devra, aux termes mêmes du décret, rendre son annonce publique au moins un mois à l'avance.

L'article 6 de l'ordonnance du 14 novembre 1837 relative aux marchés des communes contient une disposition analogue à savoir : « que l'avis des adjudications sera publié, sauf le cas d'urgence, un mois à l'avance, par la voie des affiches et par tous les moyens de publicité ».

(1) G. Jèze. Formation, exécution des contrats administratifs, page 95.

La formule précise du décret qui se différencie de cette dernière en ce qu'elle ne prévoit pas d'exceptions à la règle du délai minimum d'un mois, même en cas d'urgence, semble avoir été rédigée sciemment pour ne pas être transgressée, et ce quelles que soient les circonstances.

Ce laps de temps a pour but, d'une part, de permettre aux entrepreneurs de se renseigner à leur aise sur les conditions du marché, d'autre part, de laisser, dans l'intérêt même des Offices, au plus grand nombre possible de concurrents le temps d'être informés et de participer à l'adjudication.

Mais il est à remarquer qu'avec l'application récente de la semaine de 40 heures qui supprime en fait toute activité, deux jours par semaine, dans les industries du bâtiment, cette période d'un mois est tout juste suffisante pour que les entrepreneurs soient avertis en temps utile et puissent ensuite remplir les formalités requises.

Les Offices ont donc intérêt à augmenter d'une ou deux semaines ce délai limite.

Mais dans quelles conditions devront-ils réaliser cette publicité ? Le cahier des charges-type se contente de reproduire la formule du décret sans donner aucune indication supplémentaire.

La solution doit donc être recherchée dans les règles imposées aux communes. Pour ces collectivités « la publicité doit être faite au moyen d'affiches ; aucun modèle n'est imposé, mais l'avis doit faire connaître au moins l'objet précis de l'adjudication, le lieu où les intéressés pourront prendre connaissance du cahier des charges, les autorités chargées de procéder à l'adjudication, le lieu, le jour et l'heure fixés pour les opérations (ord. 4 novembre 1837, art. 6) ; il conviendra, en outre, que les

affiches reproduisent les dispositions essentielles du cahier des charges, qu'elles indiquent le montant du cautionnement à fournir et qu'elles contiennent, s'il y a lieu, le modèle des soumissions.

« Les affiches des adjudications des communes, à la différence de celles qui concernent les adjudications de l'Etat, doivent être sur papier de couleur : elles sont soumises à la formalité du timbre ; les frais d'impression, de timbre, même de timbres postaux, sont mis à la charge des adjudicataires.

« Si l'adjudication est particulièrement importante, la municipalité devra la faire publier dans les journaux soit de l'arrondissement, soit du département » (1).

Nous allons envisager l'application de ces prescriptions dans le cadre d'un Office important, tel qu'un Office départemental ou un Office municipal d'une grande ville.

La publicité peut donc se faire à la fois par affiches et par insertions dans les journaux.

La publicité par affiches a le double inconvénient d'être onéreuse et de ne plus répondre exactement à son but initial. En effet, notre siècle est celui de la réclame et de la propagande dans tous les domaines, qu'il soit économique ou politique. Les modestes affiches d'adjudication d'un Office ou de toute autre collectivité publique, parmi tant d'autres avis placardés alentour, n'attirent pas l'attention des intéressés et cela quand bien même elles seraient apposées sur des emplacements réservés aux avis administratifs, dans les mairies, par exemple.

(1) Monsarrat. Marchés de travaux des communes, p. 65 et 66.

Quoiqu'il en soit, cette mesure périmée qui ne conserve qu'une valeur de symbole et gagnerait à être abolie, doit être respectée. Quelles sont les indications essentielles que doit contenir cette affiche imprimée sur papier de couleur et qui sera timbrée, lorsqu'elle sera apposée à l'extérieur ?

Tout d'abord, le genre et l'importance des travaux, la date, l'heure et le lieu de l'adjudication, la nature de l'offre : prix forfaitaire ou rabais. Ensuite, elle peut notamment contenir des indications sur les pièces à fournir par les entrepreneurs pour obtenir leur admission, le lieu et la période de communication des renseignements concernant les travaux, l'époque à laquelle les concurrents pourront retirer leur demande d'admission pourvue, s'il y a lieu, d'un visa attestant que l'intéressé est autorisé à soumissionner, les conditions d'envoi et d'ouverture des soumissions, la date à laquelle l'adjudication sera définitive, le montant et les modalités de versement du cautionnement et des droits et frais mis à la charge de l'adjudicataire.

Le nombre des affiches à placarder n'est pas fixé et variera suivant l'importance de l'agglomération ou du territoire dont dépend l'Office. Il paraît évident que cet affichage ne peut être que local ou régional : soutenir le contraire serait invraisemblable.

Chaque Office aura, en somme, toute liberté à ce sujet et ne sera guidé que par le souci d'utiliser le mieux possible ce mode de publicité en faisant apposer un nombre raisonnable d'affiches dans les endroits où elles sont le plus susceptibles d'attirer l'attention des entrepreneurs.

L'affiche peut également être envoyée à certains organismes, chambres de commerce, syndicats, banques cor-

poratives, dont les adhérents, membres ou clients peuvent être intéressés par l'adjudication.

Si la pose des affiches est confiée, comme c'est normal dans une grande ville, à une entreprise spécialisée, l'Office aura intérêt à conserver l'avis justificatif d'affichage qui, en cas de contestations, prouvera que la publicité a été faite régulièrement.

L'annonce de l'adjudication dans les journaux corporatifs du bâtiment, locaux ou régionaux, est une formule plus moderne, plus efficace et moins onéreuse que la précédente. En effet, il suffit d'envoyer à ces organes une notice reproduisant l'affiche d'adjudication ou tout simplement cette dernière pour qu'ils assurent gratuitement l'insertion des dispositions essentielles qui y sont contenues, à condition d'être informés en temps utile du résultat de l'adjudication.

Ces journaux sont certains d'intéresser par ces diverses annonces leur clientèle, composée pour la majeure partie d'entrepreneurs.

Les Offices devront évidemment conserver les avis parus dans ces journaux pour prouver également, le cas échéant, que l'adjudication a bien été portée à la connaissance du public.

§ 2. — DÉPOT DES PIÈCES À FOURNIR PAR LES ENTREPRENEURS EN VUE DE LEUR ADMISSION.

L'article 1^{er} du cahier des charges-type stipule : « Pour être admis à figurer sur la liste des entrepreneurs susceptibles de participer aux adjudications ou concours,

liste qui sera établie par la commission visée à l'article 2, chaque concurrent doit adresser à l'autorité désignée dans l'avis d'adjudication ou de concours, et dans le délai fixé par cet avis, les justifications ci-après :

1° Patente de l'année précédente ;

2° Pièces justifiant de sa qualité de Français ;

3° Extrait du casier judiciaire n'ayant pas plus de six mois de date ;

4° Un état des travaux exécutés au cours des deux dernières années avec l'indication précise de la situation des immeubles et le montant desdits travaux. Cet état devra être accompagné de certificats émanant des architectes qui ont dirigé les travaux, ou, à leur défaut, des personnes pour le compte desquelles ils ont été exécutés. Les certificats constateront la manière dont l'intéressé a rempli ses engagements. Ils comporteront, en outre, une appréciation sur son aptitude à entreprendre lui-même les travaux pour lesquels il désire soumissionner.

L'entrepreneur devra justifier par la production de feuilles d'impôts que la moyenne annuelle de son chiffre d'affaires pour les trois dernières années a été au moins égale à sa proposition. Cette dernière justification sera annexée à la soumission ;

5° Un certificat délivré par une Caisse de Compensation agréée et attestant soit qu'il est d'ores et déjà affilié à cette Caisse, soit qu'il s'est engagé à s'y affilier au cas où il serait déclaré adjudicataire et à y demeurer affilié jusqu'à l'achèvement des travaux faisant l'objet du marché.

Les sociétés devront joindre les pièces nécessaires pour justifier de leur existence légale ainsi que des pouvoirs de leurs représentants.

En ce qui concerne les sociétés d'ouvriers français, elles devront produire, à l'appui de leur demande, les pièces énumérées ci-après :

- 1° L'exemplaire de leurs statuts ;
- 2° La liste nominative de leurs membres ;
- 3° L'acte constitutif de la société ;
- 4° Un acte en bonne et due forme désignant le délégué chargé de les représenter et définissant ses pouvoirs ;
- 5° Des certificats de capacité délivrés au gérant, administrateur ou autres associés spécialement délégués pour diriger l'exécution des travaux et assister à la constatation des ouvrages effectués.

En outre, les sociétés indiqueront le nombre minimum de sociétaires qu'elles s'engagent à employer à l'exécution du marché. »

Le ministère de la Santé Publique a prescrit par la suite le dépôt d'une pièce supplémentaire : l'attestation du service régional des Assurances Sociales constatant la régularité de la situation du soumissionnaire au regard de cette Administration.

Cet ensemble de justifications exigées des entrepreneurs en vue de leur admission est très complet, notamment en ce qui concerne les sociétés et plus particulièrement les sociétés d'ouvriers français. La Commission d'admission trouvera dans ces pièces des renseignements suffisants sur la capacité et la solvabilité des concurrents.

Cependant, la teneur de l'article 1^{er} du cahier des charges-type suscite certaines observations ou critiques.

Tout d'abord, il semble logique de n'exiger que le dépôt d'une seule pièce prouvant la qualité de Français. Le cahier des charges devra simplement énumérer celles qui seront considérées comme valables, par exemple : livret militaire, carte d'électeur, décret de naturalisation ou acte d'option.

Pour les références techniques, les Offices auront intérêt à demander les dates exactes de commencement et d'achèvement des travaux exécutés par chaque entrepreneur, afin de se rendre compte avec plus de précision de la marche de son affaire au cours des deux dernières années.

Seule la clause relative à la production par les entrepreneurs de feuilles d'impôts permettant de calculer la moyenne de leur chiffre d'affaires prête vraiment à critique, en ce sens qu'elle ne sert pas uniquement à donner des renseignements supplémentaires sur leur activité. En effet, après un examen attentif de cette disposition, on doit conclure, bien que ce ne soit pas déclaré en termes explicites, au rejet de la demande du soumissionnaire dont la moyenne du chiffre d'affaires ne sera pas au moins égale au montant de sa proposition.

Cette mesure est quelque peu draconienne, étant donné les garanties de capacité et de solvabilité exigées des entrepreneurs pour leur participation à l'adjudication. Elle est surtout sévère pour les petites et moyennes entreprises qui, pour des travaux importants, seront automatiquement éliminées le jour de l'adjudication, même si elles présentent des références sérieuses. D'autre part, les entreprises ayant moins de trois ans d'existence ne peuvent être admises.

On peut réfuter cette critique en déclarant que l'Office doit s'entourer du maximum de garanties pour que les travaux soient menés à bonne fin. Une entreprise honnête et sérieuse peut très bien ne pas être capable de supporter les responsabilités et les charges d'un chantier important ; il est donc nécessaire de tenir compte de l'ancienneté et de l'activité de chaque soumissionnaire ; la comparaison de sa moyenne du chiffre d'affaires pendant les trois dernières années avec le montant de sa proposition servira de critérium.

Mais pourquoi avoir adopté un système d'élimination aussi rigide et ne pas avoir laissé à la commission d'adjudication un droit d'appréciation ?

Admettons cependant que cette comparaison ait une signification dans les périodes où les variations des prix de main-d'œuvre et de matériaux sont à peu près nulles. Elle n'en a plus aucune, lorsque la situation contraire se présente.

Actuellement, par exemple, les prix de construction de 1937 sont majorés de 50 à 60 % par rapport à ceux en usage au cours de l'année 1935 par suite de l'application des lois sociales de juin 1936, de plusieurs hausses de salaires successives et de l'instabilité monétaire. En conséquence, il est impossible de comparer raisonnablement le montant d'une proposition faite par un entrepreneur en 1937 avec la moyenne annuelle de son chiffre d'affaires pour les années 1934-1935-1936. Les bases de calcul ne sont plus les mêmes et si les Offices continuaient à appliquer automatiquement la clause du cahier des charges-type, ils seraient dans l'obligation de refuser pour des travaux importants, ceux relatifs au gros œuvre d'un immeuble, par exemple la majeure partie des offres déposées par les entrepreneurs.

Le meilleur moyen d'obvier à cet inconvénient est de supprimer provisoirement ou définitivement le caractère obligatoire de l'élimination et de laisser à la Commission d'adjudication la faculté d'accepter ou de rejeter la soumission d'une entreprise suivant l'importance de l'écart existant entre sa moyenne du chiffre d'affaires et le montant de sa proposition, compte tenu des garanties qu'elle a présentées et des circonstances économiques.

Par ailleurs, il est peu rationnel de faire joindre les feuilles d'impôts relatives au chiffre d'affaires à la soumission. Elles ne pourront être examinées que le jour de l'adjudication après l'ouverture de l'enveloppe contenant la proposition de l'entrepreneur. Comme les deux tiers au moins des concurrents n'auront pas donné tous les éléments nécessaires au calcul de la moyenne demandée, l'adjudication devra normalement être suspendue.

Même en supposant que tout soit au complet, il faudra prévoir, lors de chaque adjudication, l'emploi d'une machine à calculer destinée à permettre le plus rapidement possible l'établissement de cette moyenne.

En conséquence, il paraît beaucoup plus normal de demander aux entrepreneurs d'envoyer ces feuilles d'impôts avec les autres pièces. Elles auront été vérifiées, au besoin complétées et donneront à la Commission des renseignements sur l'activité de l'entreprise. De plus, le jour de l'adjudication, cette moyenne, ayant été établie avec précision pour chaque concurrent, pourra être comparée immédiatement et utilement avec le montant de sa proposition.

Nous avons constaté plus haut que la liste des justifications exigées des concurrents était très complète. Ce-

pendant, le dépôt d'une pièce supplémentaire nous paraît indispensable : chaque entrepreneur devra présenter une demande d'admission rédigée sur papier libre ou timbré faisant connaître ses nom, prénoms, qualités et domicile. L'Office sera ainsi saisi officiellement de sa candidature.

D'autre part, le délai fixé par l'avis d'adjudication pour la remise des pièces doit être d'au moins dix jours à compter de la date où cet avis est porté à la connaissance du public. Ce délai, quel que soit sa longueur, sera d'ailleurs toujours insuffisant pour l'accomplissement complet par les entrepreneurs des formalités requises, ces derniers ayant plus que tous autres cette tendance bien française de ne se conformer qu'avec difficulté aux exigences administratives.

§ 3. — LA COMMISSION D'ADMISSION.

Nous avons vu que, pour les adjudications restreintes des communes, c'est le Conseil municipal ou une commission spéciale désignée à cet effet, qui doit arrêter définitivement, avant le dépôt des plis renfermant les soumissions ou tout au moins avant leur ouverture, la liste des concurrents admis à prendre part à l'adjudication. De plus, il ne semble pas que cette commission et le bureau d'adjudication doivent avoir la même composition.

Le décret du 30 octobre 1935 stipule, au contraire, que l'examen des garanties offertes par les entrepreneurs et le dépouillement des soumissions seront opérés par la

même commission. D'autre part, la circulaire sur les « Formes et conditions des marchés des organismes constructeurs d'habitations à bon marché », en prévoyant que la commission pourra se réunir à plusieurs reprises, laisse supposer immédiatement que les Offices possèdent la faculté d'arrêter, dans les mêmes conditions que les communes, la liste des entrepreneurs admis soit au cours d'une séance spéciale, soit au cours de la séance d'adjudication.

Mais les articles 1 et 2 du cahier des charges-type cités plus haut donnent sur cette question des indications beaucoup plus précises. En effet, nous avons vu que seuls peuvent envoyer des soumissions ou des offres les entrepreneurs inscrits sur la liste d'admissibilité, ce qui nécessite son établissement avant la séance d'adjudication.

M. Monsarrat préconise d'ailleurs cette méthode pour les adjudications restreintes des communes : « ce qui différencie l'adjudication restreinte de l'adjudication publique ordinaire, c'est que, dans cette dernière, la soumission doit être nécessairement déposée en même temps que les pièces justificatives exigées par le cahier des charges, puisque c'est le bureau d'adjudication qui, le même jour et dans la même séance, vérifie ces pièces et ouvre les plis contenant les soumissions ; dans l'adjudication restreinte, au contraire, rien ne s'oppose, et cela même nous paraît préférable, à ce que les soumissions ne soient déposées que par les concurrents agréés ; la commission chargée d'en arrêter la liste est, en effet, distincte du bureau d'adjudication et peut procéder à l'examen des pièces plusieurs jours avant l'adjudication » (1).

(1) Marchés de travaux des communes page 79.

Aux termes du décret et de l'article 2 du cahier des charges-type, la Commission comprend le Président ou l'Administrateur délégué de l'Office, un ou plusieurs administrateurs spécialement désignés à cet effet par le Conseil d'Administration et l'Ingénieur en chef des Ponts et Chaussées du département où les travaux sont exécutés, ou son représentant.

La participation de ce fonctionnaire départemental aux travaux de la Commission est un fait particulier qui n'existe pas pour les adjudications des communes où le bureau d'adjudication, le seul pour lequel est donnée une composition précise, comprend le maire et deux membres du Conseil municipal, le receveur municipal étant appelé à toutes les adjudications (article 89 de la loi du 5 avril 1884).

La circulaire annexée au cahier des charges-type explique la présence de cet Ingénieur en ces termes : « La présence d'un fonctionnaire d'une compétence indiscutable est de nature à donner tous apaisements ; il pourra, en outre, être un conseiller précieux, surtout pour les sociétés qui n'ont pas encore la pratique des modes officiels de passation des marchés ».

Ce texte ajoute à ce sujet : « Lorsque les organismes envisageront une adjudication ou un concours, ils devront en aviser sans retard le Préfet qui s'entendra avec l'Ingénieur des Ponts et Chaussées pour la désignation du fonctionnaire appelé à faire partie de la Commission. Les organismes entreranno ensuite en rapport avec ce dernier pour la fixation des séances de la Commission ».

Les auteurs du décret et du cahier des charges-type ont peut-être exagéré l'importance du rôle de ce fonctionnaire ; sa présence a plutôt une signification symbo-

lique, garantissant que les règles administratives seront respectées et que tout se passera régulièrement.

Par contre, la présence du receveur de l'Office ne semble pas être exigée contrairement à ce qui se passe pour les communes.

Quoi qu'il en soit, les Offices doivent se conformer à ces instructions formelles et la Commission ainsi composée se réunira valablement. Toutefois, l'article 2 du cahier des charges-type admet que « l'architecte chargé de la direction des travaux, et, s'il y a lieu, tous autres techniciens désignés par le Conseil d'administration assisteront à la séance avec voix consultative ». La présence de ces agents ne pourra être que fort utile et de nature à faciliter les travaux de la Commission.

Cette dernière se réunira donc pour examiner les pièces justificatives apportées en temps voulu par les entrepreneurs et discuter, s'il y a lieu, les renseignements qui y sont contenus. Les Offices auront intérêt à compléter ces indications en faisant procéder préalablement à la réunion de la Commission à une enquête complémentaire sur les concurrents, tant au point de vue de leur capacité que de leur solvabilité.

Dans quelles conditions, la Commission ainsi éclairée, se prononcera-t-elle pour ou contre l'admission d'un entrepreneur ? A la majorité des voix, conformément à la pratique adoptée par les communes (1).

La Commission pourra se réunir à plusieurs reprises au cas où elle estimerait insuffisants les renseignements concernant certains concurrents et où un complément

(1) Monsarrat. Marchés de travaux des communes, page 72.

d'enquête lui paraîtrait nécessaire. Le compte rendu de ces séances sera consigné dans des procès-verbaux où seront mentionnés les incidents qui méritent d'être retenus ainsi que les observations ou les réserves qui auront été faites par les membres de la Commission. Les Offices se conformeront ainsi aux stipulations contenues dans la circulaire et dans l'article 2 du cahier des charges-type.

Les entrepreneurs admis en seront avisés lors du retrait de leur demande d'admission sur laquelle aura été apposé le visa enregistrant la décision favorable de la Commission à leur égard. Pour ceux qui sont refusés, bien que les instructions soient muettes à ce sujet, il est préférable de ne pas leur en faire connaître les motifs. On observera ainsi les coutumes pratiquées dans d'autres administrations en pareil cas (1), coutumes judiciaires qui évitent des polémiques inutiles toujours à craindre en notre époque de réclamations et d'interventions multiples.

Les Offices d'une certaine importance peuvent être appelés à procéder fréquemment à des adjudications de travaux identiques. Dans ces conditions, ils auront intérêt à prendre l'initiative suivante : la constitution d'une liste des entrepreneurs précédemment admis par la Commission. Ces derniers pourraient être dispensés sur leur demande du dépôt de certaines pièces.

Les justifications qui seraient toujours exigées pour chaque adjudication seraient les suivantes :

1° la demande sur papier libre ou timbré ;

2° l'extrait du casier judiciaire, lorsque celui qui a été déposé précédemment a plus de six mois.

(1) G. Jèze. Formation, exécution des contrats administratifs, page 103.

Les sociétés d'ouvriers français devraient également déposer, pour participer à chaque adjudication, l'acte en bonne et due forme désignant le délégué chargé de les représenter et définissant ses pouvoirs.

Si l'adjudication n'a pas lieu dans la même année que celle où l'entrepreneur a été précédemment admis, il devrait produire également :

- 1° la patente de l'année précédente ;
- 2° la justification de son chiffre d'affaires ;
- 3° un état des travaux exécutés pendant l'année précédente avec certificat de capacité.

Nonobstant ces dispositions, l'Office resterait toujours libre d'exiger, s'il le jugeait utile, toutes justifications supplémentaires.

Cet assouplissement des mesures imposées par le décret et le cahier des charges-type ne semble pas être en contradiction avec leur esprit et ne paraît pas susceptible de critique ou d'interdiction. La tâche de la Commission d'admission sera ainsi facilitée et les entrepreneurs ne seront pas obligés d'accomplir, à intervalles rapprochés, les mêmes formalités, ce qui les conduirait, et alors avec juste raison, à critiquer les complications administratives.

§ 4. — ÉTABLISSEMENT ET ENVOI DE LA SOUMISSION.

Une fois agréé par la Commission d'admission, l'entrepreneur propose un prix pour l'exécution des travaux dans des conditions que nous allons examiner.

Les adjudications des communes ayant pour objet l'exécution de travaux sont faites au rabais, c'est-à-dire que l'opération est confiée à l'entrepreneur qui s'engage à l'exécuter au prix le plus bas.

La situation est la même pour les Offices, qui pourront soit fixer une mise à prix basée sur un prix global forfaitaire ou une série de prix et sur laquelle les soumissionnaires seront appelés à consentir une diminution, soit demander aux concurrents un prix forfaitaire pour les travaux mis en adjudication.

Les adjudications au rabais peuvent avoir lieu soit à l'extinction des feux, soit sur soumissions cachetées.

Dans le premier cas, des bougies sont allumées par le fonctionnaire qui préside à l'adjudication et les propositions verbales sont reçues jusqu'à ce qu'un certain nombre de feux soient éteints. Cette méthode archaïque tend à tomber en désuétude.

Dans le second cas, la soumission écrite est placée sous une enveloppe cachetée distincte de celle qui contient les pièces pouvant l'accompagner.

Quel mode les Offices doivent-ils adopter ?

Il n'est question dans le décret du 30 octobre 1935 et dans le cahier des charges-type que du dépouillement des soumissions ; on est donc amené à conclure que l'adjudication doit avoir lieu sur soumissions cachetées.

A. — *Etablissement de la soumission.*

Les Offices devront stipuler dans le cahier des charges que les soumissions seront rédigées sur papier timbré (1) et la Commission d'adjudication rejettera toute sou-

(1) Loi du 13 Brumaire an VII, article 24.

mission établie sur papier libre (1) ; elles devront être également conformes au modèle arrêté par l'Office qui aura été communiqué aux concurrents.

Pour la rédaction de ce modèle, les Offices pourront s'inspirer de celui qui a été adopté par l'Office public des Habitations à bon marché de la Ville de Paris et qui est ainsi conçu :

« Je soussigné (nom, prénoms, profession et domicile) (2), entrepreneur de, après avoir pris connaissance du cahier des clauses, conditions et charges générales applicables aux travaux exécutés pour le compte de l'Office Public des Habitations de la Ville de Paris, ainsi que du cahier des charges spéciales, du devis descriptif et des plans relatifs aux travaux de nécessaires pour la construction d'un immeuble à usage

(1) Conseil d'Etat, 4 Février 1876, Boyer, Rec. Lebon, page 100.

(2) S'il s'agit d'une femme, mentionner la qualité civile : célibataire, mariée ou veuve ; dans les deux derniers cas, indiquer le nom patronymique et le prénom usuel, l'un et l'autre devant toujours figurer à la suite du nom du mari. S'il s'agit d'une société ou d'un groupement ayant la personnalité civile, indiquer avec le nom du représentant légal, le titre exact de la société : société anonyme, société en commandite simple ou par actions, etc... Les désignations « maison X », « entreprise X », « établissement X », sont sans valeur juridique.

Les délégués des sociétés ajouteront : agissant au nom et pour le compte de la société de ... en vertu des pouvoirs qui me sont conférés.

S'il y a plusieurs entrepreneurs, indiquer : nous soussignés nous soumettons et engageons conjointement et solidairement.

Indiquer le siège social de l'entreprise et le domicile particulier de l'entrepreneur ; dans le cas où ces deux domiciles se confondent, le préciser ; s'il s'agit d'une société, indiquer outre le siège social de celle-ci, le domicile particulier du directeur de la société ou de l'administrateur-délégué responsable.

d'habitation (adresse), dont j'accepte toutes les clauses sans exception ni réserve, me soumetts et m'engage envers l'Office Public des Habitations de la Ville de Paris à exécuter ces travaux, conformément aux dispositions des documents susvisés, moyennant le prix global et forfaitaire de... (en lettres et en chiffres).

Je joins à la présente soumission ma demande d'admission visée par l'Office.

Je m'engage à payer entre les mains du Receveur de l'Office, dans les dix jours qui suivront la notification de l'acceptation de ma soumission, une somme égale à 2,5 % du montant du prix accepté par moi, soit 1 % pour frais de plans et de copies et 1,5 % pour droits d'enregistrement.

Je m'engage également à supporter une retenue de 1 % lors des paiements, au profit des asiles nationaux de Vincennes et du Vésinet, conformément au décret du 8 mars 1855 (1).

Paris, le
Signature (2).

L'entrepreneur ne doit pas omettre de signer sa soumission : « Elle constitue, en effet, le titre de l'Administration contre l'adjudicataire et celui-ci n'est engagé que par sa signature ; par suite, une erreur dans la signature, si elle était de nature à permettre à l'entrepreneur de se soustraire à ses engagements, devrait suffire à l'écarter » (3).

(1) Disposition particulière concernant les travaux publics exécutés dans le département de la Seine.

(2) Si la soumission n'est pas entièrement écrite de la main du signataire, la signature doit être précédée de la mention « Lu et approuvé ».

(3) Marchés de travaux des communes, page 89.

« D'autre part, l'erreur de prix dans une soumission ne peut être rectifiée après l'adjudication » (1). M. Monsarrat invoque à ce sujet plusieurs arrêts du Conseil d'Etat ; il souligne notamment que : « dans l'espèce sur laquelle il a été statué par l'arrêt Granjouan l'erreur de plume était manifeste ; le soumissionnaire (il s'agissait d'un marché de fournitures de fourrages) s'était engagé à livrer le quintal de foin à raison de 4 fr. 80 alors que le même jour, dans une ville voisine, il soumissionnait un marché identique à raison de 7 fr. 80. Le Conseil d'Etat n'en a pas moins décidé que la fourniture comprise dans le premier marché devait être faite sur le prix de 4 fr. 80 » (2).

B. — *Envoi de la soumission.*

Dans les mêmes conditions que pour les communes, la soumission sera placée sous enveloppe cachetée portant seulement le nom du soumissionnaire. L'enveloppe contenant la soumission sera renfermée avec la demande d'admission visée par l'Office, dans une seconde enveloppe cachetée à la cire, dont la suscription devra désigner la nature de l'entreprise.

Dans quelles conditions les entrepreneurs feront-ils parvenir cette enveloppe à la commission d'adjudication ? Les Offices peuvent-ils les autoriser et même les obliger à la déposer dans un lieu déterminé avant la séance d'adjudication ou même à l'envoyer par la poste sous pli recommandé ?

(1) Marchés de travaux des communes, page 89.

(2) 22 mai 1912, Lebon, page 588.

Laissons parler à ce sujet M. Monsarrat (1) : « L'article 7 de l'ordonnance du 14 novembre 1837 dispose que « les soumissions doivent toujours être remises cachetées en séance publique ». Faisant une interprétation stricte et littérale de ce texte, le Conseil d'Etat a décidé par un arrêt du 28 avril 1899 (2) qu'un bureau d'adjudication avait pu écarter comme irrégulière une soumission envoyée par la poste.

« On peut se demander si cette solution n'est pas trop rigoureuse.

« Tout d'abord, il convient de rappeler que le décret du 18 novembre 1882 relatif aux marchés de l'Etat dispose dans son article 13 que « les cahiers des charges peuvent autoriser ou prescrire l'envoi des soumissions par lettres recommandées ou leur dépôt dans une boîte à ce destinée » ; cette faculté laissée à l'administration a été inspirée par cette considération que l'envoi par lettre « pouvait avoir pour effet de rendre fort difficile l'entente ou la collusion entre soumissionnaires ; le plus souvent, en effet, c'est sur place, quelques heures avant le moment fixé pour les opérations, que les entrepreneurs prennent contact, se concertent et arrêtent le chiffre du rabais » ; d'autre part. « les entrepreneurs éloignés du lieu de l'adjudication hésitent souvent à faire les frais d'un voyage onéreux pour courir les chances d'une tentative dont le succès est aléatoire ; s'ils peuvent faire parvenir leurs soumissions au bureau sans déplacement, le nombre des concurrents ne peut que s'accroître... Cette pratique (faculté d'envoi des sou-

(1) Marchés de travaux des communes, page 79.

(2) Barralis, Lebon page 327.

missions par la poste) aurait donc pour effet, en facilitant l'accès des adjudications, d'élargir la concurrence au grand avantage des communes et des établissements de bienfaisance ».

M. Monsarrat souligne ensuite que cette pratique a été formellement admise pour les adjudications de travaux du ministère des Travaux publics ainsi que pour celles des travaux aux chemins vicinaux et aux chemins ruraux.

Puis, il critique la jurisprudence du Conseil d'Etat en ces termes : « En ce qui concerne les travaux communaux autres que les travaux aux chemins vicinaux, nous estimons que l'arrêt Barralis ne doit pas être interprété trop strictement : dans l'affaire sur laquelle il est intervenu, la haute assemblée était saisie d'un pourvoi formé par un entrepreneur qui n'avait pas pu prendre part à une adjudication pour laquelle l'envoi par la poste n'avait pas été prévu, parce que le pli contenant sa soumission n'avait pas été remis à la commission d'adjudication. La décision du Conseil d'Etat eut-elle été dans le même sens, s'il avait été saisi d'un recours formé par un concurrent évincé contre une décision d'une commission d'adjudication, admettant une soumission envoyée par la poste, alors que ce mode d'envoi aurait été prévu dans le cahier des charges ? Il est permis d'en douter, bien que l'arrêt Barralis soit motivé par cette considération très générale qu' « aux termes de l'article 7 de l'ordonnance du 14 novembre 1837, les soumissions doivent toujours être remises cachetées en séance publique » car si les rédacteurs de cet article ont exigé le dépôt en séance publique, ils n'ont pas stipulé que ce dépôt devait être fait obligatoirement par le soumissionnaire ; il peut donc être effectué — et il est effectué fréquem-

ment dans la pratique par des tiers ; dès lors, ne peut-on considérer comme un tiers qualifié pour déposer la soumission, le destinataire, président de la Commission, par exemple, dont le nom ou le titre figure sur l'enveloppe et qui « remet » celle-ci sur le bureau en séance publique ? ».

Et M. Monsarrat conclut en estimant que les cahiers des charges des adjudications communales, s'ils ne peuvent, en présence des termes de l'ordonnance de 1837, prescrire le dépôt des soumissions avant la séance ou leur envoi par la poste, peuvent du moins l'autoriser.

Par contre, la Ville de Paris, qui est en somme la plus grande commune de France, a probablement jugé que la formule de l'ordonnance de 1837 n'avait plus dans notre époque moderne aucune valeur et avait été implicitement remplacée par celle contenue dans le décret de 1882 relatif aux marchés de l'Etat. En effet, elle stipule dans son cahier des clauses, conditions et charges générales (article 3) que « les soumissions seront adressées par lettres recommandées au lieu et dans le délai indiqués par l'affiche d'adjudication ou par la lettre de convocation. Les lettres apportées ou envoyées par la poste non recommandées, ainsi que les pneumatiques seront rigoureusement refusés ».

Dans ces conditions, nous pensons que les Offices ont toute liberté pour insérer dans leur cahier des charges une clause de ce genre : « l'enveloppe devra être soit adressée par la poste sous pli recommandé, soit déposée au siège de l'Office, contre reçu, de façon à parvenir à destination dans le délai indiqué par l'affiche d'adjudication. « Ce délai pourra expirer, par exemple, le jour qui précède l'adjudication à midi.

Mais quand ce délai sera révolu, les concurrents étant définitivement engagés par leur soumission ne pourront plus demander sa restitution même en arguant d'une erreur matérielle (1). Il sera d'ailleurs utile que le cahier des charges contienne une clause rappelant cette disposition et prévoyant des sanctions au cas où l'entrepreneur demanderait l'annulation de sa proposition.

SECTION III. — *LA SEANCE D'ADJUDICATION.*

La Commission qui procède au dépouillement des soumissions, est, nous l'avons vu, constituée exactement de la même manière que celle qui examine les garanties offertes par les concurrents et sa composition nous est donnée par le cahier des charges-type.

Mais aucun document ne nous renseigne sur le mécanisme de la séance d'adjudication. Dans ces conditions, nous allons exposer comment elle doit se dérouler, compte tenu de ce qui se passe pour les communes (2).

Le président de la Commission ouvre la séance et rappelle brièvement les conditions de l'adjudication. Il dépose sur le bureau une enveloppe cachetée contenant

(1) Conseil d'Etat, 9 juillet 1919, Grande, Rec. Lebon p. 611.

(2) Monsarrat, Marchés de travaux des communes p. 70 et s.

l'indication d'un maximum de prix ou d'un minimum de rabais. Il se conforme ainsi aux stipulations de l'article 7 de l'ordonnance du 14 novembre 1837 : « un maximum de prix ou un minimum de rabais arrêté d'avance par l'autorité qui procède à l'adjudication devra être déposé cacheté sur le bureau à l'ouverture de la séance ».

Nous estimons que les concurrents doivent ignorer ce prix-limite contrairement à ce que soutient M. Monsarrat. Ce dernier reconnaît cependant que la prescription ci-dessus mentionnée a été édictée dans l'intérêt exclusif des communes et pour éviter la collusion entre soumissionnaires. Mais ne risquerait-on pas de la favoriser dans l'avenir en leur faisant connaître ce prix ? En effet, ce renseignement pourra servir de base aux entrepreneurs pour l'établissement de nouvelles propositions, dans le cas où l'adjudication en cours ne pourrait être prononcée et où il serait nécessaire pour la conclusion du contrat de recourir à une nouvelle adjudication ou à un marché de gré à gré. Ils pourront également utiliser cette indication lors de futures adjudications.

M. Jèze est d'ailleurs de cet avis quand il déclare que « ces prix ne doivent jamais être connus du public » (1).

Le président range ensuite sur le bureau les enveloppes déposées ou envoyées par les concurrents et il les numérote.

A l'heure fixée par l'affiche, les premiers plis sont ouverts et on vérifie s'ils contiennent bien la demande d'admission visée par l'Office et l'enveloppe contenant la soumission.

(1) Formation, exécution des contrats administratifs, p. 107.

Le président procède ensuite à l'ouverture des enveloppes contenant les soumissions et annonce les prix qui y sont proposés.

Le cahier des charges aura stipulé que ne peuvent être retenues les soumissions qui ne seront pas établies et envoyées conformément à ses prescriptions et aux dispositions de l'avis d'adjudication.

D'autre part, aux termes du cahier des charges-type et à notre avis, seulement en période normale, ne seront pas prises en considération les soumissions émanant d'entrepreneurs dont la moyenne annuelle du chiffre d'affaires pour les trois dernières années se serait pas au moins égale au montant de leur proposition.

On détermine la soumission de l'entrepreneur contenant l'offre la plus avantageuse et on constate si elle est dans la limite du prix maximum ou du rabais minimum fixé. Dans ce cas, le président, après avoir consulté les membres de la Commission, prononce et proclame l'adjudication des travaux en faveur de l'entrepreneur auteur de la soumission, sous réserve de l'approbation dans les formes et conditions prévues par la loi et les règlements.

Dans le cas où une seule soumission aurait été déposée, l'Office peut se réserver le droit de ne pas prononcer l'adjudication.

Mais des difficultés peuvent se présenter. L'offre la plus avantageuse dans la limite du maximum de prix ou du minimum de rabais fixé, a été faite à la fois par deux ou plusieurs soumissionnaires. Dans ce cas, les sociétés ouvrières obtiennent la préférence.

Mais si parmi les soumissionnaires ayant fait l'offre la plus avantageuse dans la limite du prix maximum ou

du rabais minimum ne se trouve aucune société ouvrière, il sera procédé, séance tenante, à un nouveau concours par voie de soumission entre ces concurrents seulement. Si quelques-uns d'entre eux ne sont ni présents, ni représentés à la séance d'adjudication, les seuls soumissionnaires présents ou représentés seront admis à faire de nouvelles offres qui ne pourront être moins avantageuses pour l'Office que les premières.

Si ces nouvelles offres sont faites, les offres primitives seront définitivement écartées. Si aucun des soumissionnaires ayant fait l'offre la plus avantageuse dans la limite ci-dessus indiquée n'est présent ni représenté à la séance d'adjudication ou si aucun d'eux ne consent à faire de nouvelles propositions, il sera, séance tenante, procédé entre eux à un tirage au sort de manière à assurer dans tous les cas l'adjudication.

S'il y a deux ou plusieurs sociétés ouvrières parmi les soumissionnaires ayant fait l'offre la plus avantageuse, il sera procédé à une réadjudication, ou le cas échéant, à un tirage au sort, mais entre ces sociétés seulement, dans les conditions indiquées au paragraphe précédent.

Le décret du 30 octobre 1935 a précisé que : « le compte rendu de l'adjudication sera consigné dans un procès-verbal signé des membres de la Commission. » Il semble que, comme pour les communes, ce procès-verbal doive être dressé en triple exemplaire, puis signé par les membres de la Commission et également par l'adjudicataire qui devra parapher en même temps les autres pièces du marché.

Aux termes de l'article 2 du cahier des charges-type : « une copie du procès-verbal, certifiée conforme par un des délégués de l'organisme et par le représentant de

l'Administration, doit être produite à la Caisse des Dépôts et Consignations dans le mois qui suit la date dudit procès-verbal ».

SECTION IV. — *FORMALITES QUI SUIVENT LA SEANCE D'ADJUDICATION.*

§ I. — APPROBATION DE L'ADJUDICATION.

« Il est rappelé que, pour les Offices, le marché est soumis à l'approbation du Préfet qui, d'autre part, a dû être appelé, conformément à l'article 12 de la loi du 5 décembre 1922, à connaître déjà des projets, plans et devis. »

Cette disposition est contenue dans la circulaire annexée au cahier des charges-type et a été manifestement rédigée en application du dernier alinéa de l'article 2 du décret du 30 octobre 1935 qui étend aux Offices, dans une large mesure, les règles imposées aux communes pour le mode de passation de leurs marchés.

Or, l'article 10 de l'ordonnance du 14 novembre 1837 dispose que les adjudications « sont toujours subordonnées à l'approbation du Préfet et ne sont valables et définitives à l'égard des communes et des établissements qu'après cette approbation. »

En conséquence, les Offices devront faire parvenir dans ce but au Préfet le procès-verbal d'adjudication, la soumission de l'adjudicataire ainsi que toutes les pièces qui sont susceptibles de prouver que toutes les formalités prescrites ont été respectées : avis d'adjudication, soumissions déposées par les autres entrepreneurs, etc...

Il est évident qu'au préalable le marché sera soumis à l'approbation du Conseil d'administration de l'Office.

D'autre part, on peut affirmer que les conclusions de M. Monsarrat, relatives à l'approbation des adjudications des communes et qui s'appuient sur la jurisprudence du Conseil d'Etat, sont valables pour les Offices (1).

L'approbation de l'adjudication n'est donc stipulée que dans l'intérêt des Offices. « Dès lors, l'adjudicataire ne peut retirer son consentement ou exiger des modifications au marché bien que l'adjudication n'ait pas encore été approuvée. » De plus, « la décision par laquelle le Préfet refuse d'approuver une adjudication est un acte de pure administration ; en conséquence, les adjudicataires ne sauraient être admis à discuter par la voie du recours de plein contentieux les motifs qui ont pu déterminer le refus du Préfet ». Mais « le préfet ne peut en principe que refuser d'approuver ; il n'a pas qualité pour substituer à l'adjudicataire proclamé un autre soumissionnaire. »

Il semble que les Offices ne soient pas obligés de fixer le délai dans lequel l'approbation doit intervenir. Ils auront avantage à ne donner aucune précision à ce sujet, mais ils s'efforceront d'obtenir des services de la

(1) Marchés de travaux des communes page 92.

préfecture que ce délai ne soit pas trop excessif, tant dans leur intérêt que dans celui de l'adjudicataire, surtout dans les moments de crise et d'instabilité des prix.

L'approbation du marché devra logiquement être notifiée par lettre recommandée à l'adjudicataire en même temps que l'ordre de commencement des travaux. Il lui sera ensuite délivré une expédition du procès-verbal et des pièces qui ont servi de base à l'adjudication, ainsi qu'un exemplaire des devis descriptifs, cahiers des charges et plans, ces derniers documents lui étant indispensables pour la conduite et l'exécution des travaux.

§ 2. — VERSEMENT DU CAUTIONNEMENT.

En règle générale, les collectivités publiques prévoient dans leur cahier des charges le dépôt par tous les soumissionnaires d'un cautionnement provisoire qui leur est restitué aussitôt après l'adjudication. Seul, l'entrepreneur qui a été déclaré adjudicataire doit au contraire parfaire ce cautionnement provisoire par une certaine somme et le rendre ainsi définitif.

Pour les Offices, le cahier des charges-type ne prescrit que le versement d'un cautionnement définitif par l'adjudicataire : « Un cautionnement de 3 % du montant des travaux doit être constitué dans les vingt jours de la notification à l'entrepreneur de l'acceptation de sa soumission ou de ses offres. Ce cautionnement est reçu

par la Caisse des Dépôts et Consignations et par tous ses préposés. Il pourra consister soit en numéraire, soit en rentes sur l'Etat ou autres valeurs admises par la Caisse des Dépôts.

« Il sera également opéré, sur les paiements aux entrepreneurs, une retenue de garantie qui sera fixée par le Cahier des charges spéciales, mais qui ne pourra être inférieure à 10 %. Toutefois, il pourra être stipulé que cette retenue ne sera opérée qu'à partir du moment et dans la mesure où son produit dépassera le montant du cautionnement visé ci-dessus.

« Le cautionnement reste affecté à la garantie des engagements contractés par l'entrepreneur jusqu'à complète libération de celui-ci. Il est donné mainlevée du cautionnement dans les deux mois suivant le règlement du mémoire pour solde de l'entreprise. Les sociétés d'ouvriers français sont dispensées de fournir un cautionnement dans les conditions fixées par l'article 4 de la loi du 18 août 1926. »

Cette dernière disposition permet aux sociétés ouvrières de ne pas verser de cautionnement lorsque le montant des travaux est inférieur à 200.000 francs.

Ce texte limitatif ne permettait pas aux adjudicataires de remplacer leur cautionnement par l'engagement d'une caution personnelle donnée par un tiers se portant fort pour l'entrepreneur.

Cette situation a été modifiée par un décret du 12 décembre 1936. En effet, l'article 1^{er} stipule que « les titulaires des marchés passés dans la métropole ou en territoires algériens par l'Etat, l'Algérie, les départements les communes et les établissements publics, peuvent fournir une caution personnelle et solidaire aux lieu et place des cautionnements définitifs et, le cas échéant,

des retenues de garantie qui leur sont imposées par les cahiers des charges ou par les marchés. »

Les Offices étant des établissements publics, les dispositions contenues dans ce décret leur sont applicables.

La caution doit être choisie parmi les tiers agréés par le ministre des Finances. L'Office a toute liberté pour l'accepter ou la refuser. La personne ou l'établissement agréé doit avoir constitué à la Caisse des Dépôts et Consignations un cautionnement de 100.000 francs. Avant d'accepter une caution, l'Office devra au préalable se faire produire par la Caisse des Dépôts et Consignations une attestation indiquant que le cautionnement de 100.000 fr. a été constitué, qu'il n'en a pas été donné mainlevée, et que la personne ou l'établissement intéressé n'a fait l'objet ni d'une révocation, ni des mesures prévues au deuxième alinéa de l'article 7 du décret.

A l'occasion de chaque marché, pour lequel la caution personnelle et solidaire accorde sa garantie, cette caution doit constituer à la Caisse des Dépôts et Consignations un cautionnement égal au dixième du montant du cautionnement ou de la retenue de garantie prévus.

Dans le délai de vingt jours fixé par le Cahier des Charges pour la réalisation des sûretés imposées au titulaire du marché, le tiers qui accorde sa garantie doit faire parvenir à l'Office une déclaration attestant qu'il se porte caution personnelle et solidaire et justifier de la constitution du cautionnement visé ci-dessus.

La déclaration de la caution doit contenir notamment la désignation précise de la personne ou de l'établissement qui l'effectue et celle de la personne ou de l'établissement cautionné, les références utiles au marché, l'indication du montant et de la nature de l'engagement pris par la caution.

La caution personnelle et solidaire s'engage envers l'Office avec le titulaire du marché à verser les sommes dont ce dernier viendrait à être reconnu débiteur jusqu'à concurrence du montant du cautionnement imposé ou de la retenue de garantie qui devrait être opérée.

L'agrément du ministre des Finances est toujours révocable. En cas de révocation de l'agrément d'une caution qui a pris un ou des engagements à l'occasion de marchés passés par l'Office, cette décision sera notifiée par le ministère des Finances à l'intéressé, à la Caisse des Dépôts et à l'Office.

Ce dernier devra alors inviter les titulaires de ces marchés, soit à présenter dans un délai de dix jours une nouvelle caution, soit à constituer dans le même délai le cautionnement prévu par le cahier des charges et à verser les retenues de garantie qui auraient dû être opérées précédemment. Lorsque cette dernière procédure est adoptée, la retenue de garantie est opérée, s'il y a lieu, sur les paiements ultérieurs. Jusqu'à ce qu'il ait été justifié à l'Office de l'accomplissement de ces mesures et, dans le cas où une nouvelle caution est présentée, jusqu'à ce que celle-ci ait été acceptée et ait constitué le cautionnement proportionnel, les engagements pris par la caution primitive subsistent avec tous leurs effets, étant entendu que jusqu'à régularisation de la situation, tout paiement de sommes dues aux cautionnés, en exécution des marchés en cause, pourra être suspendu.

L'Office doit porter à la connaissance du Préfet, le premier jour de chaque mois, le montant de l'accroissement ou de la réduction, au cours du mois précédent, des engagements assumés par chaque personne ou établissement agréé, à l'occasion des marchés passés par lui.

La mainlevée des cautionnements proportionnels est donnée par l'Office.

Cet exposé des stipulations contenues dans le décret du 12 décembre 1936 étant terminé, il paraît utile de souligner que l'Office devra prévoir des sanctions, au cas où l'entrepreneur ne justifie pas de la constitution de son cautionnement dans les conditions et délais prévus. Normalement, il se réservera le droit de prononcer la déchéance de l'entrepreneur, sans préjudice de tous dommages-intérêts à réclamer à celui-ci pour l'inexécution de ses engagements.

D'autre part, comme pour les communes, l'adjudicataire sera tenu de verser à la Caisse du Receveur de l'Office dans le délai et sous la sanction prévus ci-dessus une somme correspondante aux droits d'enregistrement et de timbre afférents au marché. On pourra également lui réclamer le montant des frais inhérents à l'adjudication que l'Office estimera devoir être mis à sa charge.

CHAPITRE II

Autres Modes de passation des marchés

SECTION I. — *LE CONCOURS.*

Nous avons vu précédemment que M. Jèze distinguait trois sortes d'adjudications : les adjudications simples, les adjudications restreintes, les adjudications sur concours d'échantillons et de prix.

Il donne de ces dernières les caractéristiques suivantes (1) : « Dans les adjudications simples ou restreintes ordinaires, il n'est tenu compte, pour le classement des soumissionnaires et la désignation de l'adjudicataire, que de leurs offres de prix, abstraction faite de la qualité des matières, objets ou denrées qu'ils fourniront. Ils sont tenus seulement de fournir une qualité au moins égale à celle qui est fixée par le cahier des charges com-

(1) Formation, exécution des contrats administratifs p. 103.

munes ou le cahier des charges spéciales. Dans ces adjudications, le prix limite est également fixé abstraction faite de la qualité.

« Dans les adjudications sur concours d'échantillons et de prix, il est tenu compte, pour le classement des soumissionnaires et la désignation de l'adjudicataire, à la fois de leurs offres de prix et de la qualité des échantillons qu'ils ont présentés. Quant au prix limite, il est en général fixé, comme dans les adjudications ordinaires, abstraction faite de la qualité. Toutefois, dans certains cas spéciaux (par exemple, fourniture de combustibles minéraux pour générateurs à vapeur, fourniture de crésol, etc...), le prix limite se rapporte à la valeur combinée du prix et de la qualité. Le cahier des charges spéciales indique la valeur à laquelle se rapporte le prix limite.

« Dans les adjudications sur concours d'échantillons et de prix du Ministère de la guerre, il est procédé ainsi qu'il suit :

« Jusqu'à une date fixée par le cahier des charges spéciales, les échantillons sont remis ou envoyés par les candidats. La liste des personnes ayant déposé des échantillons est arrêtée. La commission d'adjudication se réunit pour procéder, avec l'aide de personnes compétentes, désignées à cet effet au cahier des charges spéciales, à l'examen et aux épreuves des échantillons envoyés ; un coefficient est attribué, en raison de leur qualité relative, à chacun des échantillons réunissant les conditions d'admission. Si les cahiers des charges communes ou des charges spéciales le spécifient, l'examen et les épreuves des échantillons sont effectués par une commission spéciale, et dont la composition est fixée par le cahier des charges spéciales. Dans tous les cas,

l'opération est constatée par un procès-verbal que signent toutes les personnes y participant et dont il est donné lecture à la séance ultérieure d'adjudication ».

M. Jèze oppose par ailleurs cette forme d'adjudication aux marchés de gré à gré passés par voie de concours sur projets. « Ceci se produit pour « les ouvrages et objets d'art et de précision dont l'exécution ne peut être confiée qu'à des artistes ou industriels éprouvés ». L'administration ouvre un concours sur un programme qu'elle dresse elle-même. Le concours laisse aux concurrents le soin d'étudier et de présenter des propositions techniques, et porte tout à la fois sur le mérite de ces propositions, sur les conditions et les délais d'exécution et sur les prix consentis par les concurrents. Une commission d'examen procède à un premier examen, écarte définitivement certains projets, signale aux autres les points qui ne donnent pas satisfaction complète au programme. Il est alors procédé à un deuxième examen par la commission qui fait connaître son avis motivé sur chacun et fait le classement. L'autorité compétente pour conclure le contrat statue. Il n'y a ni recours, ni indemnité. Mais le plus souvent, l'administration promet des primes » (1).

Par contre, M. Monsarrat ne fait pas cette distinction. Pour lui « le marché sur concours est un traité de gré à gré précédé de la publicité qui est exigée avant toute adjudication et c'est ce qui le rapproche de l'adjudication ; la municipalité fait connaître par des affiches et

(1) Formation, exécution des contrats administratifs p. 90.

insertions dans les journaux les lignes générales du marché à passer ; les intéressés étudient le « projet » ou le « programme » élaboré par les agents de la commune et doivent faire connaître dans un délai déterminé les conditions auxquelles ils seraient disposés à soumissionner ; le Conseil municipal ou la commission spéciale désignée par lui se réserve le droit de choisir en toute liberté le bénéficiaire du marché, sans tenir compte notamment du rabais et c'est ce qui le différencie de l'adjudication restreinte.

« Ce système n'est guère employé que pour les marchés relatifs à des travaux publics présentant des difficultés techniques particulières ; il est spécialement visé pour les traités de l'Etat dans le paragraphe 5 de l'article 18 du décret du 18 novembre 1882 » (1).

M. Monsarrat souligne par ailleurs que « l'on doit faire application aux marchés sur concours des principes qui régissent les traités amiables, sauf en ce qui concerne la publicité qui doit être faite conformément aux règles admises en matière d'adjudication ».

Cette formule est, en somme, intermédiaire entre celles données par M. Jèze, mais se rapproche davantage de la seconde.

A laquelle de ces définitions peut-on rattacher le mode de passation des marchés des Offices désigné par l'article 2 du décret du 30 octobre 1935 sous le nom vague de concours ? On ne relève ce terme que dans le premier alinéa afférent à l'engagement que doivent prendre les

(1) Marchés de travaux des communes page 54.

Offices de passer leurs marchés de construction par adjudication ou concours ouverts à tous les entrepreneurs présentant les garanties de capacité ou de solvabilité requises. Autrement, il n'est question que de l'adjudication, le décret semblant donner à cette expression un sens général en y englobant à la fois l'adjudication proprement dite et le concours. Cette impression est confirmée par la circulaire du ministère de la Santé Publique annexée au cahier des charges-type, qui souligne « la nécessité d'une adjudication ou d'un concours largement ouvert aux entrepreneurs remplissant certaines conditions minima de capacité et de solvabilité ».

Puis elle ajoute ce commentaire : « D'ailleurs, les règles posées par le décret, et qui s'imposent aussi bien pour le concours que pour l'adjudication, tendent à supprimer les inconvénients que pouvait, en certains cas, présenter le premier et réduisent à peu de choses la différence entre ces deux procédés ».

Le cahier des charges-type ne fait qu'appuyer cette interprétation du décret, en imposant les mêmes formalités tant pour l'adjudication que pour le concours.

Par conséquent, on peut conclure que nous nous trouvons en présence de ce que M. Jèze appelle une adjudication sur concours d'échantillons et de prix.

Cette conclusion est implicitement ratifiée par la circulaire du ministère de la Santé Publique du 31 octobre 1936 relative à « l'évaluation du prix des travaux et revision des marchés en cours » et dont le dernier paragraphe est ainsi conçu : « Les conditions économiques de l'heure présente ont fait ressortir les inconvénients

que pouvait présenter l'adjudication publique en raison, notamment, de sa rigidité.

« Je saisis cette occasion de signaler aux organismes qu'à côté de l'adjudication le décret-loi du 30 octobre 1935 prévoit la possibilité de procéder par voie de concours, forme plus appropriée aux besoins actuels et qui leur permet, tout en assurant une large concurrence, de ne pas choisir obligatoirement l'entrepreneur qui présente les prix les plus avantageux si, par ailleurs, ils ont de sérieuses raisons de préférer un autre concurrent ».

Cette interprétation du décret nous paraît un peu trop large, mais nous la discuterons plus loin. Quoi qu'il en soit, nous pouvons affirmer que pour un concours les Offices doivent suivre la même procédure que pour une adjudication, sous réserve que l'adjudicataire peut ne pas être celui qui a fait le plus fort rabais.

Une seule question se pose : le dépouillement des soumissions et la proclamation des résultats du concours doivent-ils avoir lieu en séance publique ? Si nous tenons compte du point de vue de M. Jèze, il faut répondre affirmativement et s'inspirer de la procédure citée par lui en exemple, et qui comporte notamment l'attribution par la commission du concours d'un coefficient de valeur aux échantillons déposés par les entrepreneurs.

Par ailleurs, l'article 2 du cahier des charges-type précise que « lorsqu'il s'agit d'un concours, si les travaux sont attribués à un entrepreneur autre que celui ayant fait le plus fort rabais, les raisons détaillées et précises de ce choix devront être indiquées dans le procès-verbal ».

Mais contrairement à l'opinion émise dans la circulaire du ministère de la Santé Publique du 31 octobre 1936, nous estimons que l'adjudication doit être le mode normal de passation des marchés d'un Office d'habitations à bon marché et le concours, un mode exceptionnel. En adoptant cette manière de voir, l'Office restera dans la ligne de conduite préconisée par le décret du 30 octobre 1935 qui est d'ailleurs celle suivie par la majorité des collectivités publiques. Autrement, les conditions dans lesquelles les travaux seront attribués pourront être critiquées.

Le système de l'adjudication est peut être plus rigide que celui du concours, mais du fait même de cette rigidité, il a l'avantage d'être plus équitable et ses résultats ne peuvent être l'objet ni de critiques, ni de suspensions.

Pour quelles raisons les Offices auraient-ils intérêt à ne pas prendre pour des travaux ordinaires l'entrepreneur qui a fait le plus fort rabais ? La Commission d'admission a éliminé au préalable les concurrents ne présentant pas des garanties suffisantes de capacité et de solvabilité. Le cahier des charges spéciales ou tous autres documents annexes ont normalement précisé la qualité des matériaux à employer par les entrepreneurs, les conditions dans lesquelles les travaux doivent être exécutés, et les sanctions en cas d'infractions à ces prescriptions.

Par conséquent, le résultat de l'adjudication sera de confier les travaux à l'entrepreneur sérieux ayant fait l'offre la plus intéressante pour l'Office, et qui sera tenu d'exécuter l'ouvrage conformément aux directives de cet organisme.

Nous ne voyons donc pas la nécessité pour un Office de recourir dans le cas de travaux ordinaires à un autre système que l'adjudication. Nous pensons que le concours ne doit être employé que dans des circonstances bien déterminées pour des travaux spéciaux où il est techniquement impossible de donner à l'avance des indications précises sur la nature des matériaux à employer et où il est indispensable de tenir compte à la fois du prix et de la qualité des produits qui seront utilisés par l'entrepreneur.

Vouloir soutenir le contraire, c'est vouloir implicitement réduire à néant la réforme apportée par le décret du 30 octobre 1935.

SECTION II. — *LE MARCHE DE GRE A GRE.*

Nous avons vu que l'article 2 du décret du 30 octobre 1935 prévoit des exceptions à la règle imposée aux Offices pour la passation de leurs marchés de construction subventionnés par l'Etat.

Rappelons les termes du décret à ce sujet :

« Sont seuls affranchis de cette règle :

1° En ce qui concerne les Offices départementaux et les Sociétés, les marchés dont le montant est inférieur à la limite au-dessus de laquelle les textes en vigueur imposent, pour les départements, la règle de l'adjudication ;

2° En ce qui concerne les Offices municipaux, les marchés dont le montant est inférieur à la limite analogue fixée par les textes en vigueur pour les communes ».

Sous la rubrique « Cas où l'adjudication n'est pas nécessaire » la circulaire du ministère de la Santé publique, jointe au cahier des charges-type, donne les précisions suivantes :

« L'obligation de l'adjudication ou du concours — qui se justifie pour les dépenses importantes — est écartée lorsque la dépense totale d'un programme reste au-dessous de certaines limites. En vertu du décret-loi, les organismes peuvent passer de simples marchés de gré à gré dans les cas suivants :

« Pour les Offices départementaux et les Sociétés d'habitations à bon marché quand le montant de la dépense totale n'excède pas 80.000 francs (décret du 18 novembre 1882 modifié par le décret du 2 avril 1927):

« Pour les Offices municipaux quand la dépense ne dépasse pas 15.000 francs dans les communes de 5.000 habitants et au-dessous ;

30.000 francs pour les communes de 5.001 à 30.000 habitants ;

80.000 francs pour les communes ayant plus de 30.000 habitants (article 115 de la loi du 5 avril 1884, modifié par le décret-loi du 23 octobre 1935).

« Il reste bien entendu que les marchés de gré à gré eux-mêmes ne peuvent être passés sans appel à la concurrence que dans des cas exceptionnels, pour des dépenses très peu importantes et non renouvelables, en raison de l'extrême urgence, pour certaines fournitures indiscutablement spécialisées. Il devra toujours être précisé dans quelles circonstances et conditions un marché de gré à gré est passé. »

En stipulant d'une manière formelle que le recours au marché de gré à gré n'est possible que dans le cas où la dépense totale d'un programme est inférieure aux maxima ci-dessus mentionnés, on a certainement voulu empêcher que les dispositions du décret soient tournées par le fractionnement d'une opération en lots de faible importance : ce fractionnement aurait pour résultat d'éviter le recours à l'adjudication.

Mais il nous semble que le terme « programme » ne doit pas être pris dans un sens trop large, ce qui empêcherait alors toute conclusion de marché de gré à gré, mais dans le sens restreint « d'entreprise », formule qui est d'ailleurs employée dans le décret du 23 octobre 1935 concernant les marchés des communes. Autrement dit, à notre avis, ce n'est pas la dépense totale à engager pour l'édification d'un immeuble qui doit être prise en considération, mais celle relative aux travaux de chaque corps d'état normalement appelé à participer à la réalisation de cette construction.

Par ailleurs, nous estimons que les instructions ci-dessus rapportées comportent deux omissions.

D'une part, il nous semble que l'on puisse appliquer aux Offices la disposition contenue dans l'article 1^{er} du décret du 23 octobre 1935 non mentionnée dans la circulaire du ministère de la Santé publique et qui stipule : « Lorsque les marchés sont conclus avec des sociétés d'ouvriers français, les maxima, ci-dessus prévus, sont majorés de 5.000 francs ».

D'autre part, cet article contient également les dispositions suivantes : « Les communes et les établissements de bienfaisance sont dispensés de passer des marchés écrits pour les travaux, transports et fournitu-

res dont la dépense n'excède pas 3.000 francs, dans les communes de moins de 30.000 habitants de population municipale, et 6.000 francs dans les communes d'une population supérieure. ainsi que dans celles même d'une population inférieure qui sont situées dans un département dont la population dépasse 2 millions d'habitants.» De même, pour les départements le décret du 18 novembre 1882 modifié par le décret du 2 avril 1927 stipule que « la dispense de marché s'étend aux travaux ou transports dont la valeur présumée n'excède pas 6.000 francs et qui peuvent être exécutés sur simple mémoire ».

Pour quelles raisons, étant donné les termes du dernier alinéa de l'article 2 du décret du 30 octobre 1935, ces dispositions ne seraient-elles pas applicables aux Offices ?

Enfin, il résulte des instructions contenues dans la circulaire du ministère de la Santé publique que les marchés de gré à gré doivent normalement être conclus à la suite d'un appel à la concurrence. Nous avons donné les caractéristiques essentielles de cette opération dans le premier titre de cette étude.

La seule objection actuellement valable contre ces prescriptions est la suivante : étant donné la hausse des prix de construction depuis un an, les maxima énumérés ci-dessus sont devenus nettement insuffisants. Leur relèvement sensible et rapide serait nécessaire si l'on veut que les Offices, comme d'ailleurs les autres collectivités publiques, puissent encore bénéficier de ces dispositions.



Nous venons d'examiner le seul cas où les Offices sont formellement autorisés à conclure des marchés de gré à gré. En effet, les stipulations du décret sont strictement limitatives et ne semblent pas pouvoir être transgressées.

Cependant, il existe certains marchés de travaux pour la conclusion desquels il sera difficile de recourir au système de l'adjudication restreinte ou sur concours. Ce sont ceux qui sont énumérés dans l'article 2 de l'ordonnance du 14 novembre 1837, modifié et complété par l'article 1^{er} du décret du 23 octobre 1935.

L'Etat peut passer également des marchés de gré à gré dans des cas exceptionnels dont la liste beaucoup plus longue que pour les communes et les établissements de bienfaisance est contenue dans l'article 18 du décret de 1882 (modifié par les décrets des 23 août 1919, 9 décembre 1921, 2 avril 1927 et 16 septembre 1929).

Pourquoi les Offices, établissements publics « autonomes et indépendants », qui pour la conclusion de leurs marchés de travaux doivent suivre à peu près les mêmes règles que ces collectivités, seraient-ils traités plus sévèrement ?

A notre avis, le législateur a admis implicitement que les dispositions contenues dans l'article 2 de l'ordonnance de 1837 sont applicables aux Offices. Pour en être convaincu, il suffit de se reporter au dernier alinéa de l'article 2 du décret du 30 octobre 1935, qui, nous l'avons vu, stipule que « les règles imposées aux communes pour le mode de passation de leurs marchés sont, en outre, applicables aux Offices publics d'habitations à bon marché en tout ce qu'elles n'ont pas de contraire aux dispositions du décret ».

Les prescriptions contenues dans l'article 2 de l'ordonnance du 14 novembre 1837 ne sont pas opposées à celles du décret relatives aux marchés de gré à gré où il n'est question que d'entreprises normales ; au contraire, elles les complètent dans les cas spéciaux que nous allons envisager.

De grosses difficultés seront évitées aux Offices dans les mêmes conditions que pour les communes et établissements de bienfaisance, s'ils concluent, à quelque somme que s'élèvent les travaux, des marchés de gré à gré :

1° pour les ouvrages de précision dont l'exécution ne peut être confiée qu'à des artistes ou industriels éprouvés. Si, dans cette hypothèse, le simple marche de gré à gré est certainement possible, il semble préférable de procéder au marché de gré à gré sur concours, dont nous avons souligné les caractéristiques dans le chapitre précédent.

2° pour les travaux qui n'auraient été l'objet d'aucune offre aux adjudications et à l'égard desquels il n'aurait été proposé que des prix inacceptables ; toutefois l'Office ne devra pas dépasser le prix maximum qui avait été fixé.

En n'imposant pas aux Offices, quand toutes les offres déposées dépassent le prix maximum, le recours à une réadjudication, on évitera un système médiocre qui peut ne pas donner de meilleurs résultats et avoir pour conséquence de retarder indéfiniment l'exécution des travaux pour peu qu'un résultat négatif soit à nouveau enregistré.

3° pour les travaux qui, dans le cas d'urgence absolue et dûment constatée, amenée par des circonstances imprévues, ne pourraient pas subir les délais d'adjudication. On remarquera qu'il est difficile de s'appuyer sur ce texte pour tourner la règle de l'adjudication. En effet, l'urgence pour permettre un marché de gré à gré doit réunir trois conditions : elle doit être absolue, dûment constatée et amenée par des circonstances imprévues. « La dernière témoigne nettement de l'intention du législateur qui n'a pas voulu que les municipalités se rendissent coupables de négligence et d'imprévoyance pour arguer ensuite de l'urgence des travaux en vue d'obtenir l'autorisation de traiter à l'amiable. » (1) : la remarque garde toute sa valeur pour les Offices.

4° pour les travaux à faire exécuter aux lieu et place des adjudicataires défaillants et à leurs risques et périls ; cette solution est nécessaire, car il s'agira le plus souvent de travaux commencés qui nécessiteront un achèvement rapide.

Le décret du 23 octobre 1935 stipule que pour les communes et établissements de bienfaisance, ces marchés de gré à gré passés dans des cas spéciaux sont approuvés par l'autorité qui règle le budget.

En vertu de ces dispositions et de celles contenues dans l'article 2 du décret du 30 octobre 1935, ainsi que dans les documents qui l'ont complété, tous les marchés de gré à gré passés par les Offices doivent être soumis à l'approbation préfectorale. Un contrôle sévère de ces

(1) Monsarrat. Marchés de travaux des communes p. 50.

contrats sera ainsi assuré. Le Préfet fera préciser « dans quelles circonstances et conditions » ils ont été conclus. Les marchés de gré à gré, passés en dehors des cas spéciaux ci-dessus mentionnés et d'un montant supérieur au chiffre limite imposé, seront refusés. Dans ces conditions, les dispositions du décret du 30 octobre 1935 ne pourront être transgressées.

CONCLUSION

Quelle est la valeur de la réforme apportée par le décret du 30 octobre 1935 ?

Pour répondre à cette question, il suffira de comparer la situation des Offices publics d'habitations à bon marché, quant au principal mode de passation de leurs marchés de travaux, avant et après la promulgation de ce texte.

Procéder à cette comparaison, c'est reprendre une discussion déjà soulevée à maintes reprises sur les avantages respectifs des marchés de gré à gré et des adjudications.

Le marché de gré à gré est plus souple que l'adjudication. Lorsqu'un Office concluait avant 1930 un marché de gré à gré, il pouvait en discuter les clauses avec l'entrepreneur appelé et trouvait souvent son bénéfice dans ces tractations.

D'autre part, l'Office n'aura pas toujours avec un adjudicataire les garanties qu'il pourrait espérer d'un co-contractant amiable. Sans doute, la Commission d'ad-

mission a éliminé les concurrents qu'elle a estimés incapables et insolvables. Mais il y a des degrés dans la capacité et la solvabilité. Au cours d'une adjudication, il arrive fréquemment que, par un rabais insignifiant, un soumissionnaire l'emporte sur un concurrent dont l'honorabilité, la valeur et la solvabilité sont incontestablement supérieures. Le marché de gré à gré permet de remédier à cet inconvénient.

Par contre, l'adjudication présente de réels avantages. M. Jèze en fait, avec sa concision coutumière, l'énumération suivante :

« 1° le Trésor obtiendra de meilleures conditions (libre concurrence) ;

« 2° il sera mis à l'abri des collusions entre les contractants et les agents administratifs ;

« 3° les fonctionnaires qui concluent les contrats ne pourront pas raisonnablement être soupçonnés de corruption » (1).

Les auteurs du décret du 30 octobre 1935 ont certainement tenu compte de ces observations en imposant pour les marchés de construction des Offices le système de l'adjudication : ils ont voulu, avec juste raison, éviter les inconvénients entraînés par la passation des marchés de gré à gré.

(1) Formation, exécution des contrats administratifs page 77.

L'histoire nous montre que dans tous les domaines, politique, économique et social, à des périodes de trop grande liberté ont toujours succédé, par suite d'excès, des périodes d'autorité.

C'est ainsi que, pour rester dans le cadre de notre sujet, de nombreux cas de corruption de fonctionnaires ont été révélés par l'examen des marchés de gré à gré passés à l'occasion de l'expédition d'Espagne et de l'expédition d'Alger.

L'ordonnance du 4 décembre 1836 concernant les marchés de l'Etat et celle du 14 novembre 1837 afférente aux marchés des communes furent promulguées pour remédier à cette situation : elles prescrivaient, en principe, le recours à l'adjudication.

Il ne nous appartient pas d'examiner si des faits analogues ont pu motiver le décret du 30 octobre 1935. Il est néanmoins incontestable que c'est pour éviter les abus possibles que le recours à l'adjudication a été imposé dans une large mesure aux Offices. Le décret du 30 octobre 1935 se justifie donc entièrement, bien qu'il soit permis, au point de vue moral, de regretter que le législateur, en ce domaine restreint comme en beaucoup d'autres plus vastes, ait été conduit par des considérations de cet ordre à supprimer la liberté qu'il avait largement octroyée.

Et pourtant, le principe de liberté qui présente d'indiscutables avantages est conforme à la tradition française et au tempérament français. Il devrait donc, dans la mesure du possible, être maintenu dans tous les domaines. Mais cet idéal ne sera réalisable que si les fonctionnaires élus ou nommés, qui doivent donner l'exemple, se rappellent qu'ils ont, plus que tous autres, des devoirs envers la collectivité avant d'avoir des droits : ils devront oublier leurs intérêts ou leurs ambitions personnelles et se souvenir qu'une seule idée doit dominer tous leurs actes, l'idée de service public.

Vu : le Doyen,
Edgard ALLIX.

Vu : le Président de Thèse,
Achille MESTRE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
G. ROUSSY.

BIBLIOGRAPHIE

- BARDE P. — Les Communes et la question de l'habitation.
- BERTHELEMY H. — Traité élémentaire de Droit administratif.
- BLUM E. — La Loi Loucheur. — Commentaire théorique et pratique.
- CENET A. — Manuel des habitations à bon marché.
- DALLOZ. — Dictionnaire pratique de droit.
Jurisprudence générale.
Répertoire pratique.
Répertoire de législation.
Codes annotés.
- DELAVIGNE M. — Code des habitations à bon marché. — Loi du 5 décembre 1922.
- DEPINAY et DUFOURMANTELLE. — Les Offices publics d'habitations à bon marché.
- FELIX M. — Traités de gré à gré et achats sans marché des communes et des établissements publics de bienfaisance.
- JEZE G. — Les contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics.

LEBON. — Recueil d'arrêts du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits.

LECLERC et GUILLEMOT-SAINT VINEBAULT. — Traité pratique des habitations à bon marché. —————

LUCAS C. — Les habitations à bon marché en France et à l'Etranger.

MESTRE A. — Cours de Droit administratif.

MONSARRAT G. — Marchés de travaux et de fournitures des communes et des établissements communaux de bienfaisance.

ROLLAND L. — Précis de Droit administratif.

SIREY. — Jurisprudence générale.

TISSERAND L. — Les travaux publics.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
TITRE PRÉLIMINAIRE	9
CHAPITRE PREMIER. — <i>La législation des habitations à bon marché</i>	9
CHAPITRE II. — <i>Notions générales sur la fondation et l'administration d'un office</i>	19
TITRE PREMIER	
SITUATION ANTÉRIEURE	
AU DÉCRET DU 30 OCTOBRE 1935	25
CHAPITRE PREMIER. — <i>Modes de passation des marchés des offices avant 1930</i>	25
CHAPITRE II. — <i>L'arrêt Le Cordenner et Petton</i>	35
TITRE II.	
LE DÉCRET DU 30 OCTOBRE 1935	41
CHAPITRE PREMIER. — <i>Analyse du décret</i>	41
CHAPITRE II. — <i>Le cahier des charges-type</i>	47
TITRE III.	
MODES DE PASSATION DES MARCHÉS DES OFFICES	
DEPUIS LE 30 OCTOBRE 1935	53
CHAPITRE PREMIER. — <i>L'adjudication</i>	53
<i>Section I. — Caractère de l'adjudication</i>	53

<i>Section II. — Formalités préliminaires</i>	57
§ 1. — La publicité	57
§ 2. — Pièces à fournir par les entrepreneurs en vue de leur admission	61
§ 3. — La Commission d'admission	67
§ 4. — Etablissement et envoi de la soumission	72
<i>Section III. — La séance d'adjudication</i>	80
<i>Section IV. — Formalités qui suivent la séance d'adjudication</i>	84
§ 1. — Approbation de l'adjudication	84
§ 2. — Versement du cautionnement	86
CHAPITRE II. — Autres modes de passation des marchés....	91
<i>Section I. — Le concours</i>	91
<i>Section II. — Le marché de gré à gré</i>	98
CONCLUSION	107
BIBLIOGRAPHIE	111

Imprimerie A. LAPIED
24, rue Monsieur-le-Prince, VI^e

1938

